Die Abnahmepflicht des Werkbestellers

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

RUDOLF GIESSMANN

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg 1932

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 18. Juli 1931.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. jur. A. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1	Einleitung.	7
	I. Kapitel: Begriff der Abnahme.	
§ 2	a) Rechtsgeschichtliche Entwicklung	9
§ 3	b) Standpunkt der Vorarbeiten zum BGB	12
§ 4	c) Darstellung des Begriffs in der Wissenschaft 1. Abnahme = körperliche Wegnahme 2. Abnahme = körperliche Wegnahme + Annahme als Erfüllung 3. Abnahme = körperliche Wegnahme + Billigung	14
§ 5	d) Standpunkt der Rechtsprechung	18
§ 6	e) Prüfung der Ansichten	20
§ 7	f) Festlegung des Begriffs und seines Inhalts	26
	II. Kapitel: Die Abnahmepflicht	
§ 8	a) Wesen und rechtliche Natur 1. Ansichten von Kohler und Romeick 2. Herrschende Ansicht	29
§ 9	b) Voraussetzungen: 1. Abnahmefähigkeit 2. Vertragsmäßigkeit	32
§ 10	c) Wirkungen der vollzogenen Abnahme 1. Gefahrtragung 2. Vergütung und Verzinsung 3. Verjährung 4. Verlust der Ansprüche aus bekannten Mängeln	36
	III. Kapitel: Folgen der Nichtabnahme	
§ 11	a) Gläubigerverzug	42
§ 12	b) Schuldnerverzug	42
§ 13	c) Kumulative Geltendmachung der Verzugsrechte	45
§ 14	d) Klageanspruch	46

Literaturverzeichnis.

Bauer: Begriff und Rechtswirkungen der Abnahme beim Werkvertrag. Diss. Erlangen 1927.

Brinkmann: Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag. Diss. Leipzig 1906.

Brückner: Streitfragen aus dem Gebiet des Werkvertrags in: „Das Recht" 1908 S. 839 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 5. Aufl. 1910.

Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte. 1897.

— System des bürgerlichen Rechts, Bd. II 1902.

Dankwardt: Die locatio conductio operis in: Jher. Jahrb. 13 S. 299 ff.

Dernburg: Pandekten I, 7. Aufl. 1902. Pandekten II, 7. Aufl. 03.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. II, 3. Aufl.

— Das Bürgerliche Recht, Bd. II, 1. 1. u. 2. Aufl. 1899. 3. Aufl. 1906. 3. Aufl. 1906.

Dochnahl: Die Gefahrtragung beim Werkvertrag in: Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 241 ff.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB, Bd. I, 1. u. 2. Aufl. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 11. Bearb. 1930.

Fleck: Die Verzugslehre in: Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 12 S. 252 ff.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896. Bd. II.

Fromme: Die Abnahme beim Werkvertrag. Diss. Göttingen 1914.

Goldmann-Lilienthal: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I 1903.

Gradenwitz: Wortverzeichnis zum Bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 02.

Grünebaum: Ausschluß des Schadensersatzanspruchs durch vorbehaltlose Annahme eines Werkes in: Leipz. Zeitschr. für deutsches Recht 1915, Sp. 1134 ff.

Hellmann in: Kritischer Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 126.

Jacobi, E.: Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers in: Jher. Jahrb. Bd. 45 S. 259 ff.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. II, 1901.

Kisch: Unmöglichkeit der Erfüllung. 1900.

— in Kritischer Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 506 ff.

Kohler: Gläubigerverzug in: Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 13 S. 149 ff.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1; 1906.

Laband: in Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 74 S. 299 ff.

Lehmann, H.: Die Bedeutung des Ausdrucks „Abnahme" in: DJZ. 1902 S. 491 ff.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Bd. II, 1908.

Manigk: in „Juristisches Literaturblatt", Jg. 1904 S. 140.
— in „Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft" V. 1928 S. 378 Nr. 9.
Motive zum Entwurf eines BGB Bd. II.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB Bd. II, Berlin 1899.
Oberloskamp: Abnahmepflicht. Diss. Leipzig 1905.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II, 2. 3. u. 4. Aufl. 1910. 5. Aufl. 1929.
Planck: Kommentar zum BGB. Bd. II, 2. 4. Aufl. 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB Bd. II.
Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. II 6. Aufl.
Raape in: Jur. Wochenschrift 1925 S. 1993.
Rauert: Anspruch auf Abnahme. Diss. Rostock 1902.
Reichsgerichtsräte-Kommentar 6. Aufl. 1928.
Riezler: Der Werkvertrag. 1900.
Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 1: Fristbestimmung. 1901.
Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers in: Jher. Jahrb. Bd. 43 S. 141 ff.
Rümelin: Dienst- und Werkvertrag. 1905.
Saalwächter: Die Abnahme beim Werkvertrag. Diss. Greifswald 1907.
Schmitz: Von der Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers. Diss. Jena 1906.
Schneider: Ein Beitrag zur Auslegung der „Abnahme"pflicht. Diss. Erlangen 1906.
Schöffer: Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag. Diss. Rostock 1903.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II. 12.—13. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB Bd. II, 2. 9. Aufl. 1928. Bd. II, 3. 9. Aufl. 1929.
Striebinger: Der Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Erlangen 1906.
Titze: Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.
Wegener: Die Abnahmepflicht des Werkbestellers. Diss. Erlangen 1916.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 8. Aufl. 1900.
Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. II. 1894.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
„Das Recht", Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.

Einleitung.

§ 1.

Bei den Vorschriften, die die Rechtsbeziehungen zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller und insbesondere die den Werkbesteller treffenden Verpflichtungen regeln, sagt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 640:

„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist."

„Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält."

Die Frage, was unter „Abnahme" und der damit verbundenen „Abnahmepflicht" zu verstehen ist, ist vielfach erörtert, in Wissenschaft und Rechtsprechung aber immer noch stark umstritten; denn die an den Gesetzgeber so oft gestellte Forderung, bei der Abfassung des Wortlauts der Gesetze auf die Sprache des Volkes Rücksicht zu nehmen und nicht durch rein juristisch-technische, für den Nichtjuristen unverständliche Ausdrücke das Verständnis des Gesetzeswortlauts zu erschweren, ist bezüglich des Begriffes „Abnahme" und „Abnahmepflicht" nicht erfüllt. Das Bürgerliche Gesetzbuch[1]) selbst, das nach Gradenwitz[2]) das Wort „Abnahme" oder „abnehmen" im Sinne der Abnahme einer Vertragsleistung nur beim Kauf- und Werkvertrag[2]) gebraucht, hat nicht klargelegt, welche Bedeutung diesem Worte beizulegen ist, wie es ebenfalls nicht angegeben hat, ob unter diesem Worte beim Werkvertrag dasselbe wie beim Kaufvertrag zu verstehen ist. Eine Klarlegung des Begriffs ist erforderlich. Denn die Frage, was unter Abnahme und Abnahmepflicht zu verstehen ist, hat für das heutige Verkehrs- und Wirtschaftsleben praktische Bedeutung. Der Werkvertrag und der Werklieferungsvertrag, wie sie

---

[1]) Außerhalb der Betrachtung bleibt der Begriff der Abnahme, soweit er in den dem Werkvertrag des BGB nahekommenden, reichsrechtlich besonders geregelten Verträgen vorkommt, wie z. B. im HGB §§ 594, IV; 597, I; 601, I; 604, I; 627; Binnenschiffahrtsgesetz §§ 48, III; 49, I; 50, I; 54, I; 56, I; Eisenbahnverkehrsordnung § 45 u. a.

[2]) Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB unter „Abnahme"; für die vorliegende Betrachtung scheiden aus die §§ 261 und 1892 BGB und Art. 147 EG BGB, die ebenfalls, jedoch in einem andern als dem hier zu erörternden Sinne in ihrem Wortlaut das Wort „Abnahme" enthalten.

das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 631 ff., 651 normiert hat, sind neben dem Kaufvertrag im heutigen Wirtschaftsleben besonders häufig in die Erscheinung tretende Verträge. Es ist daher die Forderung begründet, daß der Begriff der Abnahme beim Werkvertrag, an den das Gesetz in den §§ 638, 641, 644 bedeutende rechtliche Folgen geknüpft hat, ebenso wie Wesen und Inhalt der Pflicht, die das Gesetz in § 640 dem Werkbesteller zu Gunsten des Werkunternehmers auferlegt, möglichst sicher bestimmt werden.

I. Kapitel:

Begriff der Abnahme.

§ 2.

Es soll vor Erörterung der Ansichten von Wissenschaft und Rechtsprechung über den Abnahmebegriff versucht werden, aus der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Werkvertrages bis zu den Vorarbeiten zum BGB Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung der Abnahme beim Werkvertrag zu gewinnen; denn jedes neue Gesetz steht, wie Dernburg[3]) mit Recht sagt, unter dem Einfluß des Rechtszustandes, in den es eingreift, mag es denselben nun bestätigen, weiterbilden oder ihm entgegentreten.

Ausgangspunkt für die rechtsgeschichtliche Betrachtung bilden die römischen Quellen des Corpus iuris civilis. Hier findet sich in der approbatio bei der locatio conductio operis der Ursprung der heutigen Abnahme beim Werkvertrag. Die Ausdrücke: opus probare — adprobare — adprobatio operis kommen in wiederholten Gesetzesstellen[4]) vor. Um eine Begriffsbestimmung dieser approbatio zu geben, ist es erforderlich, klarzulegen, was approbare und approbatio heißen. Hier setzt eine nicht unerhebliche Streitfrage ein. Nach der einen Ansicht haben die Ausdrücke die Bedeutung von: „klarmachen", „beweisen"; nach der andern Ansicht sind sie im Sinne von: „billigen", „gutheißen" zu gebrauchen. Man wird nach der jeweiligen Ansicht die approbatio entweder als die Tätigkeit und Pflicht des conductors oder die des locators aufzufassen haben.

Und so vertritt Dankwardt[5]) unter Berufung auf mehrere Gesetzesstellen[6]) die Meinung, daß „opus locatori probare" (oder „ad-

---

[3]) Dernburg, Pand. I S. 76.

[4]) D. XIX, 2, l. 24 pr.: si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur . . . quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, usw.

D. XIX, 2, l. 36: opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: . . . et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. usw.

D. XIX, 2, l. 51: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur.

D. XIX, 2, l. 60 § 3: lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat, respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.

[5]) Dankwardt a. a. O. S. 348 ff.

[6]) D. XIX, 2; l. 37; l. 36 und l. 51.

probare") eine Verpflichtung des conductors darstelle. Nach Dankwardt hat demnach der conductor mit der approbatio den Nachweis zu erbringen, daß das hergestellte Werk die vertragsmäßige Beschaffenheit habe. Diese Feststellung entspräche der Billigkeit. Da der locator bei der Herstellung des Werkes nicht zugegen sei, könne man vom conductor verlangen, das Werk dem locator vorzulegen. Da ferner der locator im allgemeinen dem Werk nicht ansehen könne, ob es von der vertragsmäßigen Beschaffenheit sei, habe der conductor die Verpflichtung, dem locator die vertragsmäßige Ausführung des Werkes zu beweisen[7]). Praktisch wird sich das in der Weise vollziehen, daß locator und conductor zusammenkommen, der conductor nachweist, daß das hergestellte Werk den Bestimmungen des Vertrages entspricht, der locator sich von der vertragsmäßigen Beschaffenheit überzeugt und gegebenenfalls Mängel geltend macht, die — sofern sie grundlos sind — vom conductor widerlegt werden. Regelmäßig wird die approbatio jedoch stillschweigend erfolgen, so daß dann in der Ablieferung des Werkes ein stillschweigendes Anerbieten des conductors zur approbatio liegen würde.

Es ist nicht zu verkennen, daß in den oben angeführten Gesetzesstellen und nach der obigen Darlegung die probatio operis nur als eine Handlung des conductors angesehen werden kann. Gegen diese Deutung der approbatio wendet sich Riezler[8]) mit der Behauptung, daß die approbatio im Sinne einer Tätigkeit des conductors nur an einzelnen Stellen Geltung habe, die gewöhnliche Bedeutung des Wortes probare dagegen eine andere sei. Nach dieser Ansicht, die von Puchta[9]), Windscheid[10]) und Dernburg[11]) geteilt wird und ebenfalls in Gesetzesstellen[12]) ihre Grundlage findet, ist die approbatio zu den Pflichten des locators zu rechnen. Der locator hat das vertragsmäßig hergestellte und vertragsmäßig angebotene Werk zu genehmigen, zu billigen. Approbatio bedeutet demnach die Abnahme des Werkes mit der Anerkennung desselben als Erfüllung, jedoch nicht so, daß damit zugleich jede weitere Möglichkeit der Geltendmachung von Mängeln ausgeschlossen wäre; die approbatio hat danach nur die Bedeutung eines äußeren Erfüllungsmerkmals. Der approbatio steht die improbatio des locators gegenüber, die man in dem Sinne zu verstehen hat, daß das hergestellte Werk nicht als vertragsmäßig und nicht als gehörige Erfüllung betrachtet wurde.

Man sieht, daß die Ansicht, die approbatio sei eine Pflicht des conductors, ebenso wie die Meinung, daß die approbatio zu den Pflich-

---

[7]) So im Ergebnis auch Karlowa a. a. O. S. 649.
[8]) Riezler, a. a. O. S. 133 ff.
[9]) Puchta a. a. O. § 367.
[10]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 401.
[11]) Dernburg, Pandekten II S. 315.
[12]) D. XIX, 2, l. 24 pr. und l. 37, die auch Dankwardt (s. o.) als Stütze seiner Ansicht aufführt.

ten des locators zu zählen sei, beide im Gesetz ihre Stütze finden, und die Entscheidung in einem bestimmten, in jedem Falle zutreffenden Sinne deshalb nicht getroffen werden kann.

Im gemeinen Recht, das eine Probationspflicht des Bestellers anerkannte, herrschte jedoch Streit darüber, welche Bedeutung der Abnahme des Werkes hinsichtlich ihres Umfangs, u. a. der weiteren Geltendmachung von Mängeln, beizumessen war. Nach der einen Theorie[13]) war in der vorbehaltlosen Annahme des Werkes eine stillschweigende Billigung zu sehen mit dem Verzicht auf künftige Mängelrüge (der Besteller konnte nur noch solche Mängel rügen, die ihm dolos verschwiegen oder nicht erkennbar waren). Die andere Theorie[14]) sah in der Abnahme nur die Anerkennung der Leistung der Erfüllung, die eine spätere Geltendmachung von Mängeln nicht ausschloß (mit Ausnahme der sofort erkennbaren).

Das preußische Allgemeine Landrecht schloß sich der letzten Ansicht an und betrachtete die Abnahme, die zu den Pflichten des Bestellers gehörte[15]), nach Förster-Eccius[16]) nicht nur als die physische Abnahme, also als Inbesitznahme, sondern zugleich als die Annahme des Werkes als Erfüllung, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen konnte. Auf eine Besonderheit, die das Allgemeine Landrecht[17]) aufweist, sei hier hingewiesen: jeder Vertragsteil kann vor der Uebernahme eine Prüfung durch öffentlich bestellte Schaumeister oder selbstgewählte Sachverständige verlangen. Bei Abnahmeverweigerung kann der Unternehmer nach Feststellung der Vertragsmäßigkeit durch Sachverständige den Besteller in Annahmeverzug versetzen. Andererseits kann der Besteller durch Sachverständige die Nichterfüllung des Vertrages auf seiten des Unternehmers beweisen lassen und die Abnahme verweigern.

Von den übrigen dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorangehenden Gesetzesbüchern bestimmte das Sächsische Gesetzbuch in § 1250, daß durch die Abnahme des Werkes die Geltendmachung solcher Mängel ausgeschlossen wurde, die bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit zu erkennen waren. Ebenso waren nach dem Dresdener Entwurf (Artikel 641, 642) nur noch solche Mängel zu rügen, welche dem Besteller ohne seine Schuld verborgen geblieben waren. Aehnlich war die Regelung der Abnahme im bayrischen Entwurf (Art. 517), wonach dem Besteller nach der „Gutheißung" Mängelansprüche nur dann zuerkannt wurden, wenn die Mängel (Fehler oder Abweichungen) derart waren, daß sie vom Besteller selbst bei sorgfältigster Prüfung nicht wahrgenommen werden konnten.

---

[13]) Dernburg, Pand. II. § 113 S. 314/15 unter Berufung auf D. XIX, 2, l. 24.
[14]) Riezler a. a. O. S. 134.
[15]) Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privatrechts, II S. 572.
[16]) Förster-Eccius a. a. O. S. 285.
[17]) ALR I, 11 §§ 939—946.

Das französische Recht kennt im Code civil[18]) keine allgemeine Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des Werkes. Hat jedoch der Besteller das Werk abgenommen, so kann er später keine Mängel geltend machen, es sei denn, daß doloses Verhalten des Unternehmers vorliegt.

Nach den bisherigen Erörterungen ist festzustellen, daß eine Festlegung des Begriffs der Abnahme beim Werkvertrag auf Grund seiner rechtsgeschichtlichen Entwicklung bis zu den Vorarbeiten zum BGB in einer bestimmten Richtung nicht möglich ist.

§ 3.

In den Vorarbeiten zum BGB hat die Frage, was unter „Abnahme" zu verstehen sei, folgende Behandlung erfahren:

Man hat im ersten Entwurf den Normen über den Werkvertrag keinen für diesen Vertragstyp besonderen Begriff der Abnahme zugrunde gelegt. Man ist davon ausgegangen, daß die Abnahmepflicht des Bestellers in dem gleichen Sinne aufzufassen sei wie die des Käufers, weil man glaubte, daß mit der einheitlichen Regelung der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag den Interessen beider Vertragsteile genügend Rechnung getragen sei. Das geht auf folgendem hervor[19]): „Der § 572[20]) beschränkt sich deshalb darauf, nach Analogie des die Abnahmepflicht des Käufers aussprechenden § 459, II[21]) den Besteller für verpflichtet zu erklären, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen und an die Abnahme als solche, wie nach § 683[22]) in Veräußerungsfällen, nur den Verlust des Rügerechts in Ansehung derjenigen Mängel zu knüpfen, von welchen er bei der Abnahme Kenntnis hatte, es sei denn, daß er bei der Abnahme sich wegen dieser Mängel seine Rechte vorbehalten hat". Die Gleichstellung des Käufers und Werkbestellers hinsichtlich der Abnahmepflicht und ihres Umfangs ergibt sich ferner aus folgenden Worten der Motive[23]): „Der erste Entwurf hat aus demselben Grunde, aus welchem er für den Veräußerungsfall davon abgesehen hat, den Erwerber bei oder nach der Ablieferung der veräußerten Sache in der einen oder andern Form zu einer Prüfung der Vertragsmäßigkeit und Empfangbarkeit der Sache zu nötigen, auch hier (beim Werkvertrag) davon Abstand genommen, eine Prüfungspflicht des Bestellers vorzuschreiben, da kein Grund obwaltet, denselben nachteiliger zu stellen als im Veräußerungsfalle den Erwerber der Sache." — Von seiten der Kritik des ersten Entwurfs wurde ebenso wie von der zweiten Kommission da-

[18]) Zachariä-Crome, a. a. O. S. 588.
[19]) Mot. II S. 490 (Mugdan a. a. O. S. 273).
[20]) Der jetzige § 640.
[21]) Nach § 459, II (jetzt § 433, II) besteht die Abnahmepflicht des Käufers in einer tatsächlichen Weg- und Ansichnahme der Kaufsache.
[22]) Der jetzige § 464.
[23]) Mot. II S. 490.

gegen beantragt, dem Besteller eine, wenn auch beschränkte, Prüfungspflicht aufzuerlegen. Und zwar wurde geltend gemacht[24]), „daß die in § 572 festgesetzte Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes ihrem Wesen nach nicht, wie die Motive (S. 490) irrig annehmen, der in § 459 bestimmten Abnahmepflicht des Käufers gleichstehe; während letztere lediglich dahin gehe, daß der Käufer tatsächlich und räumlich die Sache abnehme, erfordere die Natur des Werkvertrages und die das Verhältnis beherrschende bona fides, daß der Besteller dem Unternehmer gegenüber das hergestellte Werk, falls es vertragsmäßig sei, als vertragsmäßig anerkenne, bezw. daß er es im Sinne von § 367[25]) als Erfüllung annehme. Eine solche Verpflichtung des Bestellers sei durch das Interesse des Unternehmers geboten, da es nicht angehe, daß dieser auf unbestimmte Zeit darüber in Ungewißheit bleibe, ob das Werk als vertragsmäßig anerkannt werde". Dieser Antrag, der über den ersten Entwurf hinausging und eine Abänderung des § 572 dahin erzielte, daß der Besteller nach erfolgter Annahme nur noch solche Mängel geltend machen könnte, die ihm ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, von dem Unternehmer arglistig verschwiegen worden seien oder wegen deren er sich seine Rechte bei der Abnahme vorbehalten habe, wurde — ebenso wie ein Antrag, dem Besteller eine Abnahmepflicht nur in derselben Weise wie dem Käufer aufzuerlegen — von der Mehrheit der zweiten Kommission abgelehnt mit der Begründung: nach dem Antrage werde der Besteller bei Verlust des Rügerechts zur Prüfung der Vertragsmäßigkeit genötigt. Gegen diese Prüfungspflicht spreche aber der Umstand, daß der Besteller in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht Sachverständiger sei und deshalb nicht sofort nach der Abnahme prüfen könne; zur Prüfung solle ihm vielmehr Zeit während der Verjährungsfrist gelassen werden. Zugestimmt wurde von der Mehrheit der zweiten Kommission, der Abnahme in § 572 und in den übrigen Bestimmungen des Werkvertrages die Bedeutung der Abnahme als Erfüllung zukommen zu lassen in dem Sinne und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung in § 363 beigelegt sei. Zugleich wurde beschlossen, die verschiedene Bedeutung der Abnahme in § 459, II (jetzt § 433, II) auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der andern Seite durch eine Aenderung des Wortlauts zum Ausdruck zu bringen. Eine Aenderung im obigen Sinne ist jedoch von der Redaktionskommission nicht vorgenommen, sondern die Fassung des ersten Entwurfs beibehalten worden, die — wie oben näher dargelegt — unter Abnahme etwas anderes als die zweite Kommission verstand.

Es ist möglich, anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er in § 433 von der Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache

[24]) Prot. II S. 315. (Mugdan II S. 924.)
[25]) Jetzt § 363.

abzunehmen, und in § 640 von der Verpflichtung des Werkbestellers, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, spricht, ausreichend auf die Verschiedenheit der beiden Fälle hingewiesen hat, andererseits ist aber auch zu erkennen, daß die Motive und Protokolle keinen genügenden Anhalt für eine Begriffsbestimmung der Abnahme bieten, eine Feststellung, die der von Kohler[26]) aufgestellten Behauptung, der Gesetzgeber habe nur durch das Gesetz gesprochen, und dem von Siber[27]) geprägten Satz: die Protokolle und Motive sind nicht Gesetz, entspricht.

§ 4.

In der Wissenschaft und Rechtsprechung hat die Frage nach der Begriffsbestimmung der Abnahme beim Werkvertrag lebhaften Streit hervorgerufen, so daß darüber die verschiedensten Meinungen bestehen. Dabei lassen sich in der Hauptsache zwei sich scharf gegenübertretende Ansichten feststellen.

Die eine Lehre erblickt in der Abnahme beim Werkvertrag nur einen realen Vorgang, die tatsächliche Hinnahme des übergebenen Werkes. Die andere sieht in der Abnahme ein doppeltes und behauptet, daß unter der Abnahme des Werkes nicht nur die körperliche Hinnahme des Werkes zu verstehen sei, sondern außerdem noch eine wenigstens stillschweigende Willenserklärung. Hinsichtlich des Inhalts dieser Willenserklärung teilt sich die zweite Lehre. Nach der einen Ansicht besteht diese Willenserklärung in der Annahme des Werkes als Erfüllung, nach der anderen in einer Billigung dahin, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt sei. Zu diesen Ansichten ist im Folgenden Stellung zu nehmen.

Die Anhänger der ersten Ansicht, die in der Abnahme nur einen realen Vorgang erblicken, identifizieren die Abnahme beim Werkvertrag mit der Abnahme beim Kauf. Sie verstehen gemäß der allgemein vertretenen Ansicht über den Abnahmebegriff[28]) unter der Abnahme beim Werkvertrag die körperliche Wegnahme des Werkes aus dem Gewahrsam des Unternehmers. So erblickt Siber[29]) in der Abnahme die „tatsächliche Wegnahme, d. h. Uebernahme in den unmittelbaren Besitz (Gewahrsam)". Jacobi[30]) spricht von der „Abnahme aus der Hand des Werkführers durch den Besteller" als von „tatsächlicher Abnahme". Schollmeyer[31]) sieht in der Abnahme begrifflich nur die „tatsächliche Hinnahme = tatsächliche Entgegennahme". Er weicht jedoch insofern von der bisherigen Ansicht ab,

[26]) Kohler im Arch. f. B. R. Bd. 13 S. 175.
[27]) Siber, a. a. O. S. 42.
[28]) Staudinger § 433 IX, 2 a; Dernburg II § 74. Schollmeyer a. a. O. S. 22; Endemann § 159, 2. Crome, System § 215; auch RGZ 57 S. 110.
[29]) Siber a. a. O. S. 42.
[30]) Jacobi S. 270 ff.
[31]) Schollmeyer a. a. O. S. 105.

als er in jeder vollzogenen (durch körperliche Hinnahme erfolgten) Abnahme tatsächlich gleichzeitig eine Annahme als Erfüllung mit der Wirkung des § 363 erblickt. Hellmann[32]) bezeichnet die Abnahme als die „tatsächliche Ueberführung des vollendeten Werkes an den Besteller", Titze[33]) sieht in ihr „regelmäßig nur den äußeren sichtbaren Platzwechsel des Werkes, gewissermaßen das loco movere aus dem Gewahrsam des Unternehmers". Nach Lotmar[34]) kann der Tatbestand der Abnahme beim Werkvertrag „nicht eine Erklärung, nicht ein verbaler Vorgang, sondern muß vielmehr ein realer Vorgang sein, wie das für die Abnahme im BGB § 433, II und außerhalb des BGB feststeht". In gleichem Sinne äußert sich Manigk[35]), wenn er sagt, daß § 640, I die Abnahmepflicht nicht als Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung normieren könne, weil der Nebensatz deutlich nur auf die tatsächliche Abnahme anwendbar und es daher „verfehlt sei, unter Abnahme beim Kauf- und beim Werkvertrag nicht bloß die körperliche Hinnahme, sondern auch die Annahme der Leistung als Erfüllung zu verstehen"; „die Abnahme ist nur die tatsächliche Abnahmehandlung und nicht zugleich konkludente Erklärung über die Qualität der Leistung." Von den die Abnahmepflicht beim Werkvertrag behandelnden Dissertationen hat sich ein nicht unerheblicher Teil im Sinne der eben erörterten Ansicht ausgesprochen[36]). Aber auch Raape[37]) identifiziert die Abnahme beim Werkvertrag mit der Abnahme beim Kauf.

Im Gegensatz zu dieser in der Abnahme nur einen realen Vorgang erblickenden Ansicht steht die Meinung, die zu dem Realakt ein weiteres Moment hinzutreten läßt: die Annahme der Leistung als Erfüllung. Sie ist als die augenblicklich herrschende Meinung anzusprechen. Zu ihr bekennen sich in erster Linie Planck[38]): „Abnahme ist nicht nur tatsächliche Hinnahme, sondern Annahme als Erfüllung derart, daß der Besteller nach der Abnahme die gemachte Leistung zunächst als vertragsmäßige gelten lassen muß". Oertmann[39]) faßt „die Abnahme als die reale Uebernahme des Werkes — nicht notwendig des vielleicht nie aus dem Alleinbesitz des Bestellers gelangten körperlichen Substrates — im Sinne der Erfüllungsannahme" auf. Ebenso sagt der Kommentar der Reichsgerichtsräte[40]): „Die Abnahme ist nicht jede nur äußerliche Hinnahme der Leistung wie im Falle des § 433, II, erfordert vielmehr, außer jener Hinnahme, daß der Besteller bei und

---

[32]) Hellmann a. a. O. S. 126.
[33]) Titze a. a. O. S. 299 ff.
[34]) Lotmar a. a. O. S. 844.
[35]) Manigk in: Jur. Literaturbl. Jg. 1904 S. 140 und in der Vorlesung.
[36]) U. a. Rauert, Diss. Rostock 1902; Schneider, Erlangen 1906; Brinkmann, Leipzig 1906; Schmitz, Jena 1906; Fromme, Göttingen 1914.
[37]) Raape in Jur. Wochenschr. 1925, S. 1993.
[38]) Planck a. a. O. S. 1063.
[39]) Oertmann, BGB II, 2; 5. Aufl. 1929 S. 984.
[40]) RGRKomm. zu § 640 S. 289.

nach der Hinnahme zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne". So liegt auch nach Eck-Leonhard[41]) in der Abnahme die körperliche Inbesitznahme und die Anerkennung des Werkes als eines zur Erfüllung des Vertrages genügenden. Ebenfalls nach Staudinger[42]) enthält die Abnahme zwei verbundene Momente: die körperliche Hinnahme und Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung, „das heißt die zur Hinnahme des Werkes hinzutretende Erklärung, daß man das Werk als der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechend annehme". Im Sinne der Erfüllungsannahme sprechen sich ferner aus u. a. Dernburg[43]), Dochnahl[44]), Enneccerus-Lehmann[45]), H. Lehmann[46]), jetzt auch Cosack[47]) und einige Verfasser von Dissertationen[48]).

Die körperliche Hinnahme und die Annahme als Erfüllung sind nicht unbedingt als zwei getrennte Vorgänge anzusehen, sie können äußerlich zusammenfallen. Erforderlich ist ferner nicht, daß die Annahme als Erfüllung durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgt; sie kann ebensogut stillschweigend zum Ausdruck kommen oder aus den Umständen zu entnehmen sein. Meistens wird in der vorbehaltlosen Uebernahme zugleich ohne weiteres die Annahme als Erfüllung zu erblicken sein. Daß das aber nicht immer der Fall zu sein braucht, hebt Oertmann[49]) hervor. Es kann die körperliche Uebergabe der Annahme als Erfüllung vorausgehen, um dem Besteller die der Annahme vorausgehende Prüfung zu ermöglichen, wie es auf der andern Seite aber auch vorkommen kann, daß die Annahme als Erfüllung der tatsächlichen Uebergabe vorangeht.

Die Abnahme im Sinne der Erfüllungsannahme führt nicht etwa den Verlust der Mängeleinrede herbei. Auch nach der Erfüllungsannahme kann der Besteller geltend machen, daß das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt sei. Was die Erfüllungsannahme lediglich bewirkt, ist die Umkehrung der Beweislast gemäß § 363: der Besteller

---

[41]) Eck-Leonhard a. a. O. S. 523.

[42]) Staudinger, BGB II, 3 S. 980, der sich jedoch an anderer Stelle zu der unten erörterten Billigungstheorie bekennt.

[43]) Dernburg, BGB II, 1 § 318, II, 1 N. 6, der in der 1. u. 2. Aufl. 1899 noch Anhänger der Ansicht Abnahme = tatsächliche Ueberführung war.

[44]) Dochnahl a. a. O. S. 299.

[45]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 149.

[46]) Lehmann a. a. O. S. 495.

[47]) Cosack BGB I, 2 § 148, I, 2 a, im Gegensatz zu seiner früheren Meinung, wonach „Abnahme ein der Ablieferung korrespondierender Begriff (vom Standpunkt des Bestellers statt des Unternehmers aus gesehen) sein und nur diejenige Annahme umfassen sollte, die „den Besteller zur Untersuchung des Werkes instand setzt".

[48]) U. a. Schöffer, Rostock 1903; Oberloskamp, Lpz. 1905; Striebinger, München 1906; Saalwächter, Greifswald 1911; Wegener, Erlangen 1916; Bauer, Erlangen 1927.

[49]) Oertmann, 3./4. Aufl. a. a. O. 1910 S. 733 § 640 Anm. 2 b.

hat die von ihm behaupteten Mängel nachzuweisen, während vor der Abnahme (Erfüllungsannahme) der Unternehmer den Beweis für die Vertragsmäßigkeit des Werkes zu erbringen hatte.

Dieser Begriffsbestimmung der Abnahme als Erfüllungsannahme liegt nach Planck[50]) folgender Gedanke zugrunde: Der Unternehmer habe mehr als an der Wegnahme der Werksache ein Interesse daran, daß baldmöglichst die Vertragsmäßigkeit des Werkes festgestellt wird; denn er sei verpflichtet, etwaige Mängel zu beseitigen, auch sei der Beweis, daß das Werk richtig und ordentlich hergestellt ist, leichter sogleich zu führen als später, wenn schon andere Umstände dazwischen getreten sind. Andererseits sei der Besteller nicht dadurch geschädigt, daß man ihm die Verpflichtung auferlegt, das vertragsmäßig hergestellte Werk als Erfüllung anzunehmen; denn er könne bei mangelhafter Herstellung des Werkes die Annahme ablehnen oder sich seine Rechte bei der Abnahme vorbehalten.

Ueber diese Ansicht hinaus geht die Meinung derer, die in dem zu der körperlichen Hinnahme hinzutretenden verbalen Moment nicht nur die Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung, sondern — bewußt oder unbewußt an die römische und gemeinrechtliche approbatio anknüpfend — eine Prüfung und Billigung sehen dahingehend, daß das Werk die versprochenen Eigenschaften besitze.

So umfaßt nach Crome[51]), der in erster Linie als Anhänger dieser Theorie zu nennen ist, die Abnahme einmal „effektive Wegnahme, resp. Uebernahme des Gegenstandes, der durch das Werk geschaffen oder an dem dasselbe hergestellt wurde, durch den Besteller, sodann aber auch eine Billigung (d. i. seiner vertragsmäßigen Herstellung)". Als Begründung seiner Ansicht führt er an, daß ohne eine solche Billigung die Erfüllung des Vertrages gar nicht feststehe, auch nicht durch § 363, der gerade den Annehmenden in die Lage versetze, den Gegenbeweis zu erbringen, daß das Empfangene Nichterfüllung sei; der Unternehmer dürfe aber wohl einfachem Gegenbeweis nicht preisgegeben sein[52]) (weshalb nach Crome der Besteller wegen Irrtums bei der Abnahme nur die Rechte der Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen §§ 119 ff. BGB hat). Endemann[53]) — im obigen Sinne — behauptet, daß die Abnahme beim Werkvertrag wie bei der Rechnung des Vormundes, § 1892 BGB, entsprechend dem verkehrsmäßigen Sprachgebrauch außer der Entgegennahme auch die rechtsgeschäftliche Bestätigung und Billigung bedeute; und begründet seine Ansicht damit, daß der Unternehmer ein berechtigtes Interesse daran habe, daß seine Leistungen aus dem Werkvertrag nicht nur entgegengenom-

[50]) Planck, BGB II, 2 S. 1063.
[51]) Crome, System Bd. II S. 689 § 266 und „Part. Rechtsgeschäfte" S. 312 bis 313.
[52]) Crome, System § 266 Anm. 5 S. 689.
[53]) Endemann BGB I, § 141 Anm. 7 S. 795.

men, sondern auch bestätigt würden, denn nur auf diese Weise würde er der späteren Geltendmachung von Mängelrügen und nachträglichen Rückgriffsansprüchen seitens des Bestellers enthoben[54]). Die notwendige Schlußfolgerung dieser Ansicht ist, daß durch die Abnahme alle nicht vorbehaltenen Mängelansprüche, selbst die aus verborgenen Mängeln, ausgeschlossen würden.

Fraglich ist, ob als Anhänger dieser Billigungstheorie Riezler und Rümelin anzusehen sind. Riezler[55]) sieht zwar in der Abnahme „einen der Apprehension beim Besitzerwerb vergleichbaren tatsächlichen Verfügungsakt und eine die Billigung enthaltene Willenserklärung", will jedoch aber, ebenso wie Rümelin[56]), der auch mit der Abnahme die Pflicht zur Prüfung und Billigung verbindet, nicht die eben erwähnte Folgerung bezüglich des absoluten Ausschlusses von Mängelansprüchen ziehen, sondern nur eine Verschiebung der Beweislast gemäß § 363 eintreten lassen, weswegen beide im Grunde der zweiten Ansicht (Abnahme = Erfüllungsannahme) zuzuzählen sind.

Im Anschluß hieran mag die besondere Meinung Rosenbergs[57]) erwähnt werden, der für den § 640 der Abnahme die Bedeutung von tatsächlicher Wegnahme und Billigung zuspricht, für die übrigen Paragraphen des Werkvertrages jedoch den Abnahmebegriff verschieden wertet.

§ 5.

Auch in der Rechtsprechung liegt keine einheitliche Auffassung des Abnahmebegriffs vor.

Im Sinne der ersten Ansicht, die unter Abnahme nur körperliche Hinnahme versteht, urteilt das OLG Marienwerder[58]): „ . . . Was unter Abnahme zu verstehen ist, ist nicht unzweifelhaft. Insbesondere kann in Frage kommen, ob im Gegensatz zu der in § 433, II dem Käufer auferlegten Pflicht zur Abnahme — worunter nach der überwiegend anerkannten und vom Reichsgericht gebilligten Auffassung die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache zu verstehen ist (vgl. RGZ Bd. 53 S. 161) —, in der Abnahme im Sinne des § 640 zugleich das Moment der Anerkennung der Leistung als Erfüllung inbegriffen ist. Das Berufungsgericht vermag nicht anzuerkennen, daß hier unter Abnahme etwas anderes verstanden sein sollte als in § 433,II . . .". Ebenso sagt das OLG Breslau[59]): „ . . . Die Abnahme des Werkes bedeutet in § 638 einen rein tatsächlichen Vorgang . . . Die Ab-

[54]) Endemann a. a. O. S. 794 Anm. 7 a; s. auch Kisch in Kr.V.Js. Bd. 44 S. 563 (bei der Besprechung von Titzes „Unmöglichkeit").
[55]) Riezler a. a. O. S. 135.
[56]) Rümelin a. a. O. S. 223.
[57]) Rosenberg in Jher. Jahrb. Bd. 43 S. 255, 257.
[58]) In „Das Recht" 1904 Nr. 1698.
[59]) Ebd. 1905 Nr. 592; vgl. auch OLG Colmar in JW 1910 S. 106; ferner RGE in Warn. Rspr. 1913 Nr. 8 und Entsch. KG in JW 1907 S. 331.

nahme des Werkes entspricht schlechthin der Uebernahme des gekauften Gegenstandes".

Als Beleg für die letztere Meinung, die unter Abnahme körperliche Hinnahme und Billigung versteht, ist wohl nur ein Urteil des OLG Naumburg[60]) heranzuziehen insofern, als dort der Hauptwert auf die Billigung gelegt ist.

In der überwiegenden Mehrzahl hat die Rechtsprechung sich der zweiten Meinung, die die Abnahme als körperliche Hinnahme und Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung deutet, angeschlossen. Die grundlegende Entscheidung hierfür bildet das Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1904[61]), in dem u. a. ausgeführt wird: „Die Begriffe, Annahme der Erfüllung (§ 341), Annahme als Erfüllung (§ 363) und Abnahme (§ 640) sind gleichbedeutend. Nicht jede bloß äußerliche Hinnahme der Leistung ist schon als Annahme der Erfüllung im Sinne des § 341 anzusehen. Andererseits ist es nicht unumgänglich erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose angenommen hat, es genügt, wenn der Gläubiger die Leistung körperlich hinnimmt und dabei, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Leistung anerkenne. Durch ein solches Anerkenntnis wird das Recht des Gläubigers, Mängel der Erfüllung zu rügen, nicht beseitigt, sondern nur, soweit der Gläubiger die Mängel kannte, eingeschränkt (§ 640, II), und im übrigen die Beweislast dafür, ob die Leistung dem Vertrage entspricht, umgekehrt (§ 363)".

Auf diesem Standpunkt steht das Reichsgericht[62]) (ebenso wie die Oberlandesgerichte[63]) noch in den jüngsten Entscheidungen. In einem Urteil vom Jahre 1925[64]) sagt das Reichsgericht, daß grundsätzlich zu fordern sei, daß die Leistung hingegeben und hingenommen ist, daß außerdem der Besteller zu erkennen gegeben habe, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne; desgleichen führt das Reichsgericht in einem Urteil vom Jahre 1926[65]) aus, daß zur Abnahme regelmäßig die körperliche Hinnahme der Leistung des Unternehmers durch den Besteller gehöre, verbunden mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Bestellers, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung annehme.

---

[60]) In „Recht" 1901 Nr. 562.
[61]) RGZ Bd. 57 S. 338.
[62]) RGZ Bd. 64 S. 240; Seuff. Arch. 63 S. 274; Das Recht 1907 Nr. 1636; ebd. 1913 Nr. 36; ebd. 1920 Nr. 2370 = Seuff. Arch. 75 S. 157.
[63]) U. a. OLGE Bd. 24 S. 383; 34 S. 44; 39 S. 162; 41 S. 121; JW 1908 S. 432; Seuff. Arch. 59, 361.
[64]) RGZ Bd. 107 S. 343.
[65]) RGZ Bd. 110 S. 406 ff.

§ 6.

Wenn man nach der Darstellung des Abnahmebegriffs in Wissenschaft und Rechtsprechung zu einer Prüfung der verschiedenen Ansichten und ihrer Begründung schreiten will, wird man sich darauf beschränken müssen, das Für und Wider der einzelnen Meinungen darzustellen, wie es von den mannigfachen Schriftstellern aufgeführt worden ist. Wesentlich neue Gesichtspunkte werden sich bei der Fülle des bisher erschienenen Schrifttums kaum ergeben.

Nicht schwierig wird es sein, die zuletzt aufgeführte Lehre, wonach Abnahme aus körperlicher Hinnahme und Billigung des Werkes als eines vertragsmäßigen besteht, zu widerlegen. Die Anhänger dieser Meinung führen als Beleg in erster Linie den Sprachgebrauch des täglichen Lebens an und weisen darauf hin, daß unter Abnahme gewisser technischer Anlagen die Uebernahme des Werkes nach Prüfung und Billigung zu verstehen sei. Wenn man auch an einem derartigen Sprachgebrauch kaum vorbeigehen kann, wird man ihm jedoch andererseits nicht zu große rechtliche Bedeutung beimessen dürfen. Es ist beachtenswert, daß sich dieser Sprachgebrauch gerade bei solchen Werken herausgebildet hat, bei denen das zur Abnahme in erster Linie erforderliche Moment der körperlichen Wegnahme überhaupt nicht in Frage kommt, nämlich bei Lichtanlagen, Zentralheizungen, Wasserleitungen u. a., bei denen nach volkstümlichem Sprachgebrauch zur „Abnahme" auch die Billigung gehört. Den Sprachgebrauch schlechthin können deshalb die Anhänger der Billigungstheorie nicht als überzeugenden Beleg in Anspruch nehmen.

Einen zweiten Beweisgrund sehen die Anhänger der Billigungstheorie in der approbatio des römischen und gemeinen Rechts. Die Berufung darauf wird jedoch kaum entscheidend ins Gewicht fallen. Daß die Bedeutung der approbatio im römischen Recht keinesfalls zweifelsfrei ist, ist oben näher dargelegt worden. Bestritten kann allerdings nicht werden, daß im gemeinen Recht eine Probations- oder Billigungspflicht für den Besteller bestanden hat. Aber es ist eben gerade die Frage, ob die Abnahme mit der approbatio des Pandektenrechts zusammenfällt. Das Interesse des Unternehmers, sein Werk als vertragsmäßig vom Besteller anerkannt zu sehen, ist zwar heute das gleiche geblieben. Das heutige Recht hat aber dem Interesse des Unternehmers in anderer Weise genügend Sorge getragen. Einmal kann der Unternehmer gemäß § 368 BGB von dem Besteller die Ausstellung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses über die geschuldete Leistung verlangen, ihn dadurch zur Untersuchung veranlassen oder sogar zur Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung zwingen. Ferner stehen dem Unternehmer die prozessualen Hilfsmittel zur Seite, durch die sein Interesse an der Feststellung der vertragsmäßigen Erfüllung hinreichend gewahrt ist. Er kann gemäß § 485 ZPO Beweissicherung beantragen, wenn der vertragsmäßige Zustand der

Werksache festgestellt werden soll und ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung vorliegt. Der Unternehmer hat, sofern er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung nachweist, weiterhin die dem gemeinen Recht unbekannte Feststellungsklage, dahingehend, daß er seine Leistung aus dem Vertrage erfüllt habe oder daß sein Werk mängelfrei sei.

Ist mithin unter Berufung auf die geschichtliche Entwicklung zwingend keine Billigungspflicht des Bestellers herzuleiten, so wird man auch aus den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch — wie oben dargelegt — keine Billigungs- und damit Prüfungspflicht des Bestellers begründen können; denn wenn man den Besteller zur Billigung, d. h. Anerkennung des Werkes als eines vertragsmäßigen, zwingen will, muß man ihm notgedrungen auch eine Prüfungs- und Untersuchungspflicht auferlegen, da Billigung ohne Prüfung schlecht denkbar ist. In den Vorarbeiten zum BGB[66]) wurde jedoch die Normierung einer Untersuchungspflicht des Bestellers ausdrücklich abgelehnt mit dem Hinweis u. a., daß sie eine Härte für den gewöhnlich nicht sachverständigen Besteller in sich schließe und die Interessen des Unternehmers hinreichend durch die kurzen Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche (§ 638 BGB) gewahrt seien.

Auch aus dem Wortlaut des BGB geht nichts hervor, was auf eine Prüfungs- und Billigungspflicht des Bestellers schließen lassen könnte[67]). Im Gegenteil ist aus dem Gesetz gerade zu entnehmen, daß eine solche Billigungspflicht nicht besteht. Denn was hätte, wenn die Abnahme im § 640, I eine Billigung in sich schlösse, der Abs. II des § 640 für einen Sinn? Nach § 640, II stehen dem Besteller, der ein mangelhaftes Werk in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abnimmt, die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält. Wer ein mangelhaftes Werk „abnimmt", d. h. nach der vorliegenden Ansicht „billigt", verzichtet damit doch zugleich auf die Geltendmachung von Mängelansprüchen. Sich dann noch Mängelansprüche vorzubehalten, hätte keinen Sinn. Daraus, daß der Besteller trotz Abnahme des Werkes Mängelansprüche wegen der ihm unbekannten Mängel hat, folgt eben, daß in der Abnahme nicht eine Billigung des Werkes als eines vertragsmäßigen enthalten sein kann, weil sonst auch alle unbekannten Mängel nicht gerügt werden könnten. Zu demselben Ergebnis kommt Jacobi[68]): „Versteht man unter Abnahme eine solche

[66]) Prot. II. S. 317/318 (Mugdan II a. a. O. S. 925).

[67]) Eine Prüfungspflicht besteht lediglich in den §§ 377 und 381, II HGB, die — wie Lehmann a. a. O. S. 495 bemerkt — völlig unverständlich wären, wenn auch in der Abnahme beim Werkvertrage des BGB eine Billigung enthalten wäre. Eine Billigungspflicht besteht eben nur da, wo sie im Gesetz ausdrücklich festgelegt ist, weshalb es nicht möglich ist, aus einer Einzelvorschrift eine allgemeine Verpflichtung herzuleiten.

[68]) Jacobi a. a. O. S. 279—280.

nach Prüfung und Billigung, so ist § 640, II überflüssig. Aber er wäre auch verfehlt. Denn ist eine Prüfung gefordert, so müßte doch deren Unterlassung irgend eine Wirkung haben. Es müßte daher nicht bloß die Berufung auf bekannte, sondern auch auf die durch die Prüfung ermittelbaren Mängel ausgeschlossen sein. In der Bestimmung des § 640, II heißt es aber, daß die Geltendmachung der Ansprüche nur aus bekannten Mängeln ohne Vorbehalt von der Abnahme an erlischt." Aehnliches sagt Lotmar[69]): „ . . . Auch würde, wenn Billigung zur Abnahme gehören würde, § 640, II unverständlich sein. Denn wer ein mangelhaftes Werk in Kenntnis der Mangelhaftigkeit billigt, verzichtet damit auf die Mängelansprüche. Sich diese bei der Billigung vorbehalten, wäre widerspruchsvoll. Nur weil der Tatbestand der Abnahme keine Billigung enthält, bedarf es für den, der in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abnimmt und dadurch Anlaß zum Schluß auf Rügeverzicht (Billigung) gibt, eines Vorbehaltes".

So ergibt sich, daß sich für die Ansicht, zur Abnahme gehöre die Anerkennung des Werkes als eines vertragsmäßigen, d. h. die Billigung des Werkes, keine genügenden Anhaltspunkte ergeben. Wie verhält es sich nun mit der oben dargestellten zweiten Lehre, die in dem zu der körperlichen Hinnahme hinzutretenden verbalen Moment die Annahme der Leistung als Vertragserfüllung mit der Wirkung des § 363 sieht?

Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich in erster Linie auf die Protokolle für die Verhandlungen der zweiten Kommission, deren Mehrheit — wie oben näher dargelegt — der Abnahme beim Werkvertrag die Bedeutung einer Annahme als Erfüllung im Sinne und mit der Wirkung des § 363 zukommen lassen und diese von der Abnahme beim Kauf verschiedene Bedeutung durch eine Aenderung des Wortlautes zum Ausdruck gebracht haben wollte. Die Aenderung wurde jedoch nicht vorgenommen, sondern die Fassung des ersten Entwurfs beibehalten, der die Abnahme beim Werkvertrag mit der Abnahme beim Kauf identifizierte. Eben aus dieser Tatsache ist zu entnehmen, daß die Berufung auf die Protokolle der zweiten Kommission keine schwerwiegende Begründung der zweiten Lehrmeinung darstellt. Planck[70]) versucht dennoch, in den Protokollen eine sachgemäße Auslegung seiner Ansicht zu finden und führt dabei an, die Redaktionskommission sei der Ansicht gewesen, daß, wenn in § 433 von der Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, in § 640 aber von der Verpflichtung des Bestellers, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, gesprochen werde, die Verschiedenartigkeit der Fälle genügend zum Ausdruck gebracht worden sei. Wenn auch die Möglichkeit, das Verhalten der Redaktionskommission so zu deuten, nicht ganz abzuweisen ist, muß man doch

[69]) Lotmar a. a. O. S. 845.
[70]) Planck zu § 640, 1 b; auch Lehmann a. a. O. S. 495.

andererseits fragen, welche andere Fassung der Gesetzgeber der Bestimmung des § 640 wohl hätte geben sollen. Wenn das Gesetz den Käufer zur Abnahme der gekauften Sache, den Besteller zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes verpflichtet, dann ist das so zu erklären, daß das Gesetz in beiden Fällen nur hat sagen wollen, wann, d. h. unter welchen Umständen, nicht, was oder wie abzunehmen ist. Der Käufer braucht die Sache nur abzunehmen, wenn sie wirklich die verkaufte, nicht eine vom Verkäufer etwa angebotene gleichartige Sache ist, der Werkbesteller braucht das Werk nur abzunehmen, wenn es dem Vertrage entsprechend hergestellt worden ist. Es ist somit die Vertragsmäßigkeit nur Voraussetzung für die Begründung der Abnahmepflicht. Das sagt auch Lotmar[71]): „Die Abnahme kann vertragsmäßig wie nicht vertragsmäßig hergestellten Werken zuteil werden. Hingegen die durch § 640, I statuierte Pflicht der Abnahme betrifft nur vertragsmäßig hergestellte Werke: ein nicht vertragsmäßig hergestelltes Werk abzunehmen, ist der Besteller nicht verpflichtet".

Die Vertreter[72]) der hier erörterten Ansicht führen als Grund ferner die Tatsache an, daß das Gesetz in § 433 von der Abnahme einer „Sache", in § 640 dagegen von der Abnahme eines „Werkes" spreche. Und so sagt Riezler[73]): „Da nun auch das Werk, soweit eine ‚Abnahme' überhaupt möglich ist, nur in einer Sache verkörpert sein muß, kann die andere Fassung in § 640 nur den Hinweis darauf bezwecken, daß der Besteller mit der realen Uebernahme des Gegenstandes, in welchem sich das Werk verkörpert, seiner Abnahmepflicht noch nicht Genüge tut, sondern daß er den Gegenstand auch als das geschuldete Werk anerkennen muß." Dagegen ist anzuführen, daß das Gesetz in § 640 den Ausdruck „Sache" nicht verwenden durfte, da es sich der Natur dieses Rechtsverhältnisses entsprechend gar nicht um eine Sache, sondern um ein Werk handelt. Die Sache bildet lediglich das stoffliche Substrat der Werkleistung, an ihr wird das Werk bewirkt, sie selbst wird durch die Leistung zum Werk. Damit ist gesagt, daß die Worte „vertragsmäßig hergestelltes Werk" nichts besonderes gegenüber der entsprechenden Vorschrift beim Kauf bedeuten, und daß der Wortlaut des § 640 keine genügende Handhabe für die Ansicht, Abnahme sei mehr als körperliche Hinnahme, bietet.

Hätte beim Werkvertrag die Abnahme wirklich die Bedeutung von Annahme als Erfüllung, so ergäben sich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung des Gesetzestextes: gemäß § 640, I ist der Besteller verpflichtet, das Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Damit ist umgekehrt aber nichts anderes gesagt, als daß der Besteller

[71]) Lotmar a. a. O. S. 846.
[72]) Lehmann a. a. O. S. 495.
[73]) Riezler a. a. O. S. 135.

zur Abnahme von nichtabnahmefähigen Werken nicht verpflichtet werden kann. Legte man nun der Abnahme in § 640 die Bedeutung einer Abnahme als Erfüllung, d. h. der körperlichen Hinnahme und Anerkennung des Werkes als Vertragserfüllung zugrunde, so käme man zu dem sonderbaren Ergebnis[74]), daß der Werkbesteller bei Werken, die einer körperlichen Hinnahme nicht fähig sind, auch nicht zur Anerkennung als Vertragserfüllung verpflichtet wäre, wohingegen bei körperlich hinnehmbaren Werken eine solche Verpflichtung bestehen würde. Eine derartige Gesetzesbestimmung wäre aber wohl unverständlich und würde ihr den Vorwurf der Willkür einbringen. Auch Lotmar[75]) sagt in ähnlicher Weise, man könne dem Gesetz nicht imputieren, daß es bei einer Reihe von Werkverträgen reale Abnahme und Anerkennung vorgeschrieben, hingegen bei einer andern Reihe von Werkverträgen, welche zwar nicht der körperlichen Hinnahme, aber doch der Anerkennung Raum lassen, nicht einmal eine solche Erklärung angeordnet habe, und daher hier die Abnahmefolgen an die bloße Vollendung des Werkes, statt auch an eine anerkennende Erklärung geknüpft habe.

Weitere Schwierigkeiten stellen sich ein hinsichtlich der Frage der Verjährung. Gemäß § 638 beginnt die Verjährung der Ansprüche des Bestellers wegen Mangelhaftigkeit des Werkes mit der Abnahme. Wenn nun die Abnahme die Annahme als Erfüllung umfassen würde, so könnte der Besteller, der das Werk bereits körperlich abgenommen hat, den Eintritt der Verjährung dadurch hinausschieben, daß er sich weigert, das Werk als Vertragserfüllung anzuerkennen[76]). Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Unternehmer in eine solche unerquickliche Lage bringen wollte. Auch hinsichtlich der Frage des Gefahrüberganges bereitet die Begriffsbestimmung der Abnahme im hier erörterten Sinne Schwierigkeiten. Gemäß § 644 trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Hätte nun Abnahme die Bedeutung von Annahme als Erfüllung, so trüge, auch wenn das Werk körperlich abgenommen wäre, der Unternehmer bis zur Anerkennung des Werkes als Vertragserfüllung die Gefahr, weil der Besteller noch nicht „gänzlich abgenommen" hat. Es ergäbe sich somit eine vom Gesetz sicher nicht gewollte Belastung des Unternehmers, die sich zu einer für das Verkehrsleben höchst unerträglichen Gefahr und Unsicherheit auswirken könnte in dem Falle, daß der Besteller seine Anerkennung auf ungewisse Zeit hinauszögert.

Aus alledem folgt, daß die Gründe, die den Begriff der Abnahme als körperliche Wegnahme und Annahme als Erfüllung hinstellen, in

---

[74]) Vgl. dagegen schon Manigk (oben Anm. 35).

[75]) Lotmar a. a. O. S. 844.

[76]) Daran würde auch die Möglichkeit nichts ändern, daß der Unternehmer die Klage auf Abnahme hätte. Denn die Abnahme wäre doch erst mit der Rechtskraft des auf Anerkenntnis lautenden Urteils vollzogen.

ihrer Gesamtheit nicht überzeugend sind, vielmehr eher gegen einen solchen Abnahmebegriff sprechen.

Eine Bestimmung jedoch scheint bei der Widerlegung der herrschenden Lehre Hindernisse zu bereiten:

Gemäß § 640, II erlischt die Geltendmachung der dem Besteller bekannten Mängel durch vorbehaltlose A b nahme, während sie bei den dem Käufer bekannten Mängeln gemäß § 464 durch vorbehaltlose A n nahme erlischt. Hieraus will die herrschende Lehre folgern, daß die Abnahme in § 640 die Bedeutung von Annahme als Erfüllung habe. Weshalb hat denn aber nicht der Gesetzgeber gesagt: der Besteller ist verpflichtet, das Werk a n zunehmen, wo er doch sonst Abnahme und Annahme auseinanderhält, was besonders in § 644 deutlich in die Erscheinung tritt? Der Grund ist eben der, daß er mit „abnehmen" etwas anderes als mit „annehmen" hat ausdrücken wollen. Während sonst die Anhänger der herrschenden Lehre ihre Ansicht mit der Wahrung des Schutzes und der Interessen des Unternehmers rechtfertigen, versagt diese Begründung in dem hier zu erörternden Falle und verkehrt sich in ihr Gegenteil. Der Gesetzgeber hat nämlich den Verkäufer und den Unternehmer gar nicht gleich behandeln wollen. Der Unternehmer, der das speziell für den Besteller hergestellte Werk anderweitig regelmäßig schlechter unterbringen kann als der Verkäufer seine weniger individuelle Kaufsache, hat ein viel größeres Interesse daran, zu erfahren, ob der Besteller des Werkes einen Mangel gegen ihn geltend machen will oder nicht. Und gerade deshalb hat der Gesetzgeber in § 640 bestimmt, daß die Geltendmachung der dem Besteller bekannten Mängel nicht erst, wie beim Kauf, mit der A n nahme als Erfüllung erlöschen soll, sondern schon mit der ersten über das Werk verfügenden Handlung des Bestellers, der A b nahme. Gerade zum Schutz und im Interesse des Unternehmers hat der Gesetzgeber die Abnahme des § 640, II und die Annahme des § 464 in einen bewußten krassen Gegensatz zueinander gestellt.

Wenn § 640, II die „Abnahme" mit dem Vorbehalt der Rechte aus §§ 633, 634 verbindet, kann „Abnahme" nicht gut die Billigung in sich schließen (vgl. oben Anm. 35). Eine Billigung liegt in der Abnahme nur insofern, als der Besteller bei Entgegennahme eines, wie er weiß, mangelhaften Werkes zugleich schweigt. Erst das Schweigen bei Kenntnis des Mangels macht also nach der Ansicht des Gesetzgebers die Abnahme zu einem rechtlichen Akt der Billigung.

Somit gibt auch die Bestimmung des § 640 Abs. II i. V. m. § 464 keine Handhabe für die Ansicht, daß Abnahme aus körperlicher Hinnahme und Annahme als Erfüllung bestehe, vielmehr für das Gegenteil. Damit soll nun jedoch nicht gesagt sein, daß in der Abnahmehandlung des Bestellers nicht zugleich eine Annahme als Erfüllung liegen k a n n. Zurückzuweisen ist nur die Behauptung, daß mit der Abnahme die Annahme als Erfüllung untrennbar verbunden wäre. Der

Tatbestand der Abnahme ist vielmehr von dem der Annahme scharf zu trennen. Daß beide zusammenfallen können und es auch sehr oft tun werden, darin ist der herrschenden Lehre beizupflichten. In gleichem Sinne äußert sich Lotmar[77]): „Wenn aber der Besteller, ohne einen solchen Beweis (den Beweis der Vertragsmäßigkeit) erhalten zu haben und vorbehaltlos das mangelhafte Werk abnimmt, so muß er sich den Schluß gefallen lassen, nicht daß er auf die Ansprüche aus den Mängeln verzichtet, sondern daß er die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen habe — so daß hier den Umständen nach sich zur Abnahme die Annahme gesellt." Und dasselbe sagt Siber[78]): „Die Abnahme ist ohne weiteres Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363, wenn sich der Empfänger nicht hiergegen verwahrt oder etwa zu erkennen gibt, daß er mit der Abnahme einen ganz anderen Zweck verbindet."

Die Annahme als Erfüllung liegt also nicht in der Abnahme als solcher, ist vielmehr aus dem die Abnahme begleitenden Verhalten des Bestellers zu entnehmen, also nach Lage des Falles verschieden zu beurteilen, entsprechend dem Urteil des Reichsgerichts, wonach der Besteller bei und nach der Hingabe zu erkennen zu geben hat, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne; so daß dann nicht die Abnahme, sondern die nicht dazu gehörende Annahme den Grund für die Beweislastverschiebung (als Wirkung des § 363) bildet[79]). Daraus ergibt sich dann aber auch, daß die Annahme als Erfüllung ohne Abnahme (z. B. bei den nichtabnahmefähigen Werken) erfolgen und Abnahme ohne Annahme eintreten kann; denn der Tatbestand des § 363 ist so allgemein gefaßt, daß er vorliegen kann bei abnehmbaren Werken auch ohne die Abnahme, ferner bei unabnehmbaren Werken überall mit der Rechtsfolge der Umkehrung der Beweislast[80]).

§ 7.

Es liegt hiernach keine Notwendigkeit vor, in der Abnahme beim Werkvertrag zugleich Annahme als Erfüllung zu sehen. Nach Widerlegung der zweiten und dritten Lehre erfordert der Begriff der Abnahme nicht zwei Bestandteile: körperliche Hinnahme + Anerkennung der Vertragsmäßigkeit (Billigung) oder Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung (Annahme als Erfüllung), sondern er erschöpft sich lediglich in dem realen Akt der körperlichen Wegnahme.

Es ist noch darauf einzugehen, wie dieser reale Akt der körperlichen Wegnahme inhaltlich aufzufassen ist. Genügt die Wegnahme der Werksache in dem Sinne, daß der Unternehmer von der Last

---

[77]) Lotmar a. a. O. S. 845.
[78]) Siber a. a. O. S. 45.
[79]) Lotmar a. a. O. S. 846; Lehmann a. a. O. S. 493.
[80]) S. auch Lotmar a. a. O. S. 845 Anm.

der Sache befreit wird, daß sie ihm vom Halse geschafft wird, oder muß der Besteller die Werksache übernehmen in dem Sinne, daß er sie an sich nimmt? Man kommt zu dieser Frage, weil von den verschiedenen Schriftstellern für den realen Vorgang die verschiedensten Ausdrücke angewandt werden. So bezeichnet Schollmeyer[81]) die Abnahme als „tatsächliche Hinnahme", Hellmann[82]) als „tatsächliche Ueberführung des vollendeten Werkes an den Besteller"; Siber[83]) spricht von „tatsächlicher Wegnahme, d. h. Uebernahme in den unmittelbaren Besitz (Gewahrsam)", Endemann[84]) von „Entgegennahme", während Jacobi[85]) die Abnahme als den Akt bezeichnet, durch den das Werk aus dem Gewahrsam des Unternehmers gebracht wird. Die Abnahme ist nach seiner Ansicht einfach die Befreiung des Unternehmers von der Last des Werkes, ohne daß der Besteller es zugleich an sich nehmen müßte. Wenn auch der Unterschied in der Auslegung der Abnahme = Wegnahme und Abnahme = Ansichnahme von nicht allzugroßer praktischer Bedeutung ist, weil ja der Besteller in der Regel das Werk nicht nur dem Unternehmer wegnehmen, sondern auch an sich nehmen wird, muß man dennoch diesen Unterschied machen. Und zwar wird man sich dahin entscheiden, daß der Gesetzgeber dem Besteller nur eine Pflicht zur Wegnahme im Sinne der Gewahrsamsbefreiung des Unternehmers, nicht aber zur Ansichnahme auferlegt hat. Diese Definition der Abnahme als einer reinen Wegnahme wird sich in die einzelnen Bestimmungen beim Werkvertrag, die von der Abnahme reden, ohne Schwierigkeit einfügen lassen.

Allerdings ist Jacobi[86]) der Meinung, daß sich mit dieser Definition der Abs. II des § 640 nicht vereinigen ließe. Gemäß § 640, II verliert der Besteller seine Rechte aus ihm bekannten Mängeln, wenn er sie nicht bei der Abnahme sich vorbehält. Der vorwiegende Grund dieser Bestimmung ist[87]), daß das Verhalten des Bestellers, der ein Werk an sich nimmt und dabei bekannte Fehler nicht rügt, dahin ausgelegt werden kann, daß er das Werk trotz der Fehler billigt. Nun meint Jacobi, daß ein solches auf Billigung hinweisendes Verhalten des Bestellers nicht vorliege, wenn der Besteller das Werk dem Unternehmer nur vom Halse schaffe, also nicht an sich nehme. Deshalb müsse in § 640, II Abnahme = Annahme = Ansichnahme bedeuten, womit der Abnahme in § 640, II eine andere Bedeutung als in Abs. I zukäme. Diese Schwierigkeit erkennt Jacobi und sucht ihr auf folgende Weise zu entgehen: Weil in der Regel der Besteller das Werk nicht nur dem Unternehmer wegnehmen, sondern auch an sich

[81]) Schollmeyer a. a. O. S. 305.
[82]) A. a. O. S. 120.
[83]) Siber a. a. O. S. 43.
[84]) Endemann, BGB I S. 795.
[85]) Jacobi a. a. O. S. 269, S. 273, S. 282.
[86]) Jacobi a. a. O. S. 282, S. 283.
[87]) Wie Jacobi a. a. O. S. 281 hervorhebt.

nehmen wird, habe der Gesetzgeber nur an diesen Regelfall gedacht und für diesen die Bestimmung des § 640, II geschaffen. Für den Ausnahmefall, daß die Abnahme nicht Uebernahme = Ansichnahme sei, habe das Gesetz keine besondere Bestimmung getroffen, sondern ihn der Entscheidung nach Lage des einzelnen Falles überlassen.

Diese unbefriedigende Lösung ist jedoch nicht nötig; man kann vielmehr, ohne dem Gesetz den Vorwurf der Inkonsequenz zu machen, auf anderem Wege zu der Ansicht gelangen, daß sich § 640, II mit dem Begriff der Abnahme als nur körperlicher Wegnahme vereinigen läßt. Wenn auch zuzugeben ist, daß § 640, II für den Regelfall geschaffen ist, daß der Besteller das Werk an sich nimmt, so ist doch auch für den Sonderfall, daß er das Werk nicht an sich nimmt, die Abnahme nicht eine Befreiung des Unternehmers von dem Gewahrsam des Werkes schlechthin, sondern eine Befreiung durch den Besteller. Denn wenn der Besteller weiß, daß er zur Abnahme nur verpflichtet ist, wenn das Werk vertragsmäßig ist, und er es trotzdem in Kenntnis irgendwelcher Mängel abnimmt, ohne sich seine Rechte auf Mängelrüge vorzubehalten, dann ist in dieser Unterlassung des Vorbehaltes bei der Abnahme trotz Kenntnis des Mangels eine Billigung zu sehen.

Also auch in dem Falle des § 640, II ist unter Abnahme bloße Wegnahme zu verstehen.

Noch ein allgemeiner Gesichtspunkt: es wäre doch unzweckmäßig und nicht verständlich, wenn das Gesetz von dem Besteller verlangen würde, erst die Werksache an sich zu nehmen, d. h. in seine Verfügungsgewalt zu bringen, wohingegen es ihm nachher gestattet, mit der Werksache umzugehen, wie er will — woraus hervorgeht, daß die Abnahme = Wegnahme nicht mit dem Akt der Ansichnahme verbunden sein kann.

Es ist somit daran festzuhalten, daß unter Abnahme beim Werkvertrag lediglich die räumliche Wegnahme der Werksache vom Unternehmer mit dem Ziele seiner Gewahrsamsbefreiung zu verstehen ist.

II. Kapitel.

Die Abnahmepflicht.

§ 8.

Die Vorschrift des § 640 lautet: Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Der Gesetzgeber legt damit dem Besteller eine Abnahmeverpflichtung auf, deren Wesen und rechtliche Natur im folgenden näher erörtert werden soll, da über die Berechtigung dieser Bestimmung vielfach gestritten worden ist.

Im heutigen Schuldrecht gilt allgemein der Satz, daß der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu verlangen, eine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung (oder zu Handlungen, die einen Teil der Abnahme darstellen) besteht jedoch nicht. Dadurch jedoch, daß das Gesetz an die Nichtannahme der geschuldeten Leistung Rechtswirkungen knüpft, die die Stellung des Schuldners erleichtern und den Gläubiger in eine nachteiligere Stellung gegenüber dem Schuldner bringen, übt es indirekt einen gewissen Zwang zur Annahme auf den Gläubiger aus. Denn will der Gläubiger den ihm mit der Nichtannahme der Leistung erwachsenden Nachteilen aus dem Wege gehen, so ist er gezwungen, die Leistung anzunehmen. Wenn man jedoch auch nicht von einer Verpflichtung des Gläubigers im Sinne der sonstigen Verpflichtungen aus Schuldverhältnissen reden darf, so gibt es dennoch Verpflichtungen, die, ohne Schuldverhältnisse zu sein, sich „dadurch noch als rechtliche Verpflichtung erweisen, als ihre Erfüllung oder ihre Vernachlässigung mit Rücksicht auf das dadurch berührte Interesse des Gegners rechtlich erheblich ist"[1]). „Die Erheblichkeit jener Rechtspflicht des Gläubigers zur Annahme der Leistung zeigt sich bei ihrer Nichterfüllung im Eintritt der dem Schuldner günstigen Folgen des Gläubigerverzuges" . . .[2]). Wenn der Gläubiger daher den Eintritt der ihm ungünstigen Folgen vermeiden will, hat er „die Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Leistung, während der Schuldner keine Forderung darauf hat"[3]).

Abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, daß der Gläubiger nicht zur Annahme der geschuldeten Leistung verpflichtet ist, hat das Gesetz eine Verpflichtung des Bestellers zur Entgegennahme der Leistung in der Gestalt der Abnahmepflicht des Werkbestellers (ana-

[1]) Manigk in: Handw. Buch d. Rechtswiss. S. 378 Nr. 9.
[2]) Manigk, ebd.
[3]) Manigk, ebd.

log der des Käufers in § 433, II) in § 640, Abs. I normiert. Der Grund für diese Verpflichtung liegt in dem Interesse, das der Unternehmer daran hat, daß ihm das fertige Werk aus den Händen genommen werde, da ihm dessen Aufbewahrung oft Schwierigkeiten und Kosten verursacht.

Wenn das Gesetz den Besteller zur Abnahme verpflichtet, dann bedeutet das hiernach, daß der Unternehmer gegen den Besteller einen selbständigen klagbaren Anspruch auf Abnahme hat. Es liegt also ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB vor, nicht bloß eine Rechtspflicht.

Die Klagbarkeit dieses Anspruchs ist in erster Linie von Kohler[4]) bestritten worden. Er ist der Ansicht, daß eine klagbare Abnahmepflicht gemäß dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach der Gläubiger nicht zur Annahme gezwungen werden kann, nicht besteht. Die im BGB ausgesprochene Abnahmepflicht könne deshalb nicht eine Pflicht des Gläubigers sein, den Gegenstand des Vertrages wirklich a n zunehmen. Der Anspruch des Unternehmers auf Abnahme gegen den Besteller bedeute weiter nichts als sein Recht auf Befreiung des Leistungsgegenstandes, zu der jedoch der Besteller nicht verpflichtet werden könne. Den Wortlaut des § 640 bezeichnet er als ungenau und sachwidrig[5]). „Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, sondern er ist nur dazu gehalten, bei Vermeidung der angegebenen nachteiligen Folgen"[6]). Es hat nach seiner Ansicht die Pflicht zur Abnahme beim Werkvertrag (und auch beim Kauf) nur die Bedeutung, daß das Gericht die Befreiung des Unternehmers (bzw. des Verkäufers) feststellen könne, wenn in bestimmter Weise mit der Werksache schon verfahren sei. Der § 640 (und auch § 433) gebe neben den gesetzlichen Erfüllungssurrogaten, wie Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf, nur ein weiteres Erfüllungssurrogat, um den Unternehmer zu schützen. Die Klage aus § 640 sei daher keine Klage auf Empfangnahme (Leistungsklage), sondern auf Feststellung, daß der Schuldner befreit und seine Schuldnerverpflichtung mit Rücksicht auf den besonderen Fall erloschen sei. Darin, daß der Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses nicht erbracht zu werden braucht, unterscheide sich diese Klage von der Feststellungsklage der ZPO (§ 256). Seine Ansicht begründet Kohler damit, daß sich für den Besteller, wenn man dem Unternehmer einen Klageanspruch auf Abnahme zubilligt, eine große Härte herausstellen würde, die gegen das Wesen der Obligation verstoße.

Gegen eine selbständige klagbare Pflicht zur Abnahme wendet sich auch Jacobi[7]). Auch er bezeichnet den Anspruch auf Abnahme

---

[4]) Kohler: Der Gläubigerverzug. Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 13 S. 149 ff.; u. a. S. 164.

[5]) Kohler: Bürgerl. Recht II, 1 § 136, 137.

[6]) Kohler, ebd.

[7]) Jacobi, a. a. O. S. 270 ff.

nur als ein Erfüllungssurrogat bei Annahmeverzug des Gläubigers (Bestellers). Dieser Anspruch sei kein selbständiges Recht, sondern bilde nur eine Ergänzung der durch das Gesetz gegebenen Rechte bei Annahmeverzug des Gläubigers.

Aus ähnlichen Gründen kommt Romeick[8]) dazu, die Klagbarkeit der Abnahmeverpflichtung abzulehnen, indem er, ausgehend von der Gläubigerstellung des Werkbestellers, nachzuweisen sucht, daß der Besteller nicht zur Abnahme verpflichtet ist. Sodann macht er den Versuch, unter einem anderen Gesichtspunkt die klagbare Verpflichtung zu leugnen. Und zwar behauptet er, die Abnahme stelle keine selbständige Leistung im Sinne des BGB dar: „Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert den Begriff Leistung nicht näher; sicher aber ist, daß nicht schon alles das, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine Leistung ist"[9]). Die Abnahme hat nach Romeick nicht den Charakter einer selbständigen Leistung, sondern ist ebenso wie das Angebot nach § 294 nur als eine die Annahme bestätigende Ausführungshandlung anzusehen. Die Abnahme allein habe für den Unternehmer keinen selbständigen Wert und dürfe aus ihrem notwendigen Zusammenhange mit der Gläubigerpflicht, der Annahme, nicht herausgerissen und zu einer selbständigen Schuldnerverpflichtung, einer Leistung, umgeprägt werden[10]).

Der Ansicht Kohlers ist entgegenzuhalten, daß er in seinen Ausführungen fälschlicherweise abnehmen und annehmen gleichsetzt. Geht man jedoch von dem richtigen Begriff der Abnahme = Wegnahme aus, so hat man keinen Anlaß, der dem klaren Wortlaut des § 640, I widersprechenden Ansicht Kohlers beizutreten; denn da die Abnahme lediglich die Fortnahme aus dem Gewahrsam des Unternehmers und keine Uebernahme in den des Bestellers ist, entfällt das Moment der Härte, das Kohler bei seinen verschiedenen Beispielen in einer erzwungenen Annahme sieht. Es muß Kohler darin recht gegeben werden, daß der Gläubiger, wie oben näher dargelegt, zur Annahme einer Leistung direkt nicht verpflichtet ist. Man muß jedoch daran denken, daß in § 640 die Stellung des Bestellers nicht nur die eines Gläubigers ist. Der Werkvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag, der bei beiden Vertragsgegnern Verpflichtungen festsetzt. Der Unternehmer ist Schuldner bezüglich der Herstellung des Werkes, der Besteller hinsichtlich der Bezahlung der Vergütung und der Abnahme des Werkes. Klarer und deutlicher konnte das der Gesetzgeber bestimmt nicht zum Ausdruck bringen als mit: der Besteller ist verpflichtet, (§ 631) zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung, (§ 640) das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Damit ist die Ansicht Kohlers (und auch Jacobis) widerlegt.

---

[8]) Romeick a. a. O. S. 56 ff.
[9]) Romeick a. a. O. S. 58.
[10]) Romeick a. a. O. S. 59.

Der Ansicht Romeicks ist ebenfalls manches entgegenzuhalten. Nicht zuzugeben ist, daß die Abnahme für sich (ohne Beziehung zu einer Annahme) für den Unternehmer keinen selbständigen Wert habe. Wenn auch der Unternehmer in der Mehrzahl der Fälle das größere Interesse an der Bezahlung der vereinbarten Vergütung hat, so sind doch Fälle denkbar, wo das Interesse an der Bezahlung dadurch, daß bereits bezahlt ist, entfällt und dem Unternehmer jetzt nur daran gelegen ist, daß der Besteller das Werk abnimmt (wegnimmt), da er vielleicht den Raum für die Unterbringung des hergestellten Werkes anderweitig benötigt und im Falle der Abnahmeverweigerung keine anderweitige Verwendung dafür hat.

Der Auffassung Romeicks über die rechtliche Natur der Abnahmepflicht tritt ferner Rosenberg[11]) entgegen: „Daß aber die Abnahmepflicht diesen Sinn (nämlich den einer Gläubigerverpflichtung) nicht haben kann, sondern eine wirkliche durch Klage erzwingbare Pflicht bedeutet, zeigt die Erwägung, daß die angebliche Pflicht zur Annahme nicht nur der Käufer und Besteller, sondern jeder Gläubiger hat, und daß daher die besondere und ausdrückliche Auferlegung der Abnahmepflicht in den §§ 433, II und 640, I vollkommen überflüssig wäre, wenn sie die von Romeick behauptete Bedeutung hätte. Daß die Pflicht zur Abnahme in §§ 433, II, und 640, I, auch als eine selbständig klagbare beabsichtigt gewesen sei, zeigen die Vorarbeiten zum BGB[12])."

Es ist also mit der herrschenden Lehre[13]) daran festzuhalten, daß die Abnahmepflicht eine selbständige und klagbare Leistungspflicht ist, die den Besteller zum Schuldner macht und nicht erst bei Annahmeverzug, wie von Jacobi[14]) angenommen wird, sondern schon mit Abschluß des Werkvertrages entsteht, und der sich der Besteller auch nicht durch den Verzicht auf den Leistungsgegenstand entziehen kann[15]).

§ 9.

Eine Abnahmepflicht trifft den Besteller nur, wenn alle Voraussetzungen für die Abnahme gegeben sind. Dazu gehört nach § 640 in erster Linie, daß das Werk seiner Beschaffenheit nach einer A b n a h m e f ä h i g ist. Daher ist der Unterschied zwischen abnahmefähigen und nichtabnahmefähigen Werken festzustellen. Daß es

---

[11]) Rosenberg in Jher, Jahrb. Bd. 43 S. 252.

[12]) Mot. II S. 318 = Mugdan Bd. II S. 273/176; Prot. S. 1709 ff. = Mugdan Bd. II S. 766 ff.

[13]) Staudinger § 640 Anm. III f.; Oertmann, § 638 Anm. 2 a S. 979; § 640 Anm. 1 S. 982. Planck, § 640, 2 d; Endemann § 175, 2 d; Enneccerus-Lehmann § 149, I, 5; RGRKomm. § 640 Anm. 2; Lehmann a. a. O. S. 496; Schollmeyer a. a. O. S. 106.

[14]) Jacobi a. a. O. S. 276.

[15]) Planck, § 640 Bem. 2 a.

nichtabnahmefähige Werke gibt, geht aus der Bestimmung des § 640, I hervor, der von den durch ihre Beschaffenheit von der Abnahme ausgeschlossenen Werken spricht, und aus der Vorschrift des § 646, der bei nichtabnahmefähigen Werken in bestimmten Fällen die Vollendung an die Stelle der Abnahme treten läßt. Welche Werke sind nun abnahmefähig und welche nicht? Die Begriffsbestimmung der Abnahmefähigkeit ist ebenso bestritten wie der Begriff der Abnahme selbst.

Sehr weit legen den Begriff der abnahmefähigen Werke Enneccerus-Lehmann[16]) aus. Nach dieser Ansicht ist die überwiegende Mehrzahl der materiellen und auch viele der immateriellen Werke abnahmefähig. Nichtabnahmefähig wären nur solche immateriellen Werke, die „eine Nachprüfung nicht zulassen", und solche materiellen Werke, „deren Prüfung dem Besteller nicht zugemutet werden kann, wie z. B. Reparaturen hoher Dächer". Ebenso rechnet Endemann[17]) zu abnahmefähigen Werken solche, bei denen eine körperliche Uebergabe oder eine Bestätigung möglich ist.

Dieser Ansicht Endemanns und Enneccerus-Lehmann's, die als Voraussetzung der Abnahmepflicht nicht die Körperlichkeit des Werkes, sondern nur die Möglichkeit der Billigung desselben fordern, liegt also der Gedanke zugrunde, daß die Abnahme das Moment der Billigung in sich schließt, die, da sie eine Prüfung voraussetzt, entfällt, wenn die Prüfung nicht möglich ist. Da jedoch, wie oben dargelegt, zum Begriff der Abnahme nicht die Billigung gehört, kann auch die Prüfungsmöglichkeit keinen Maßstab für die Abnahmefähigkeit bilden.

Enneccerus-Lehmann ist außerdem entgegenzuhalten, daß in den von ihm angeführten Fällen (Dachreparatur usw.) die Abnahme nicht objektiv unmöglich ist, sondern nur wegen der persönlichen Unfähigkeit des Bestellers ausgeschlossen ist, die Werkleistung also von einer geeigneten Person abgenommen werden könnte.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht bestimmt Planck[18]), „daß die Abnahme begrifflich nur möglich ist, wenn eine tatsächliche Hinnahme im Sinne des körperlichen Gebens und Nehmens stattfinden kann", so daß also die Abnahme ausgeschlossen ist bei immateriellen und solchen materiellen Werken, die in dem Besitz des Bestellers geblieben sind. Reparaturen, die am Hause des Bestellers ausgeführt werden, sind daher der Abnahme schlechthin nicht fähig[19]). Allerdings hält Planck diese Entscheidung für „nicht unzweifelhaft", da sie in einem gewissen Widerspruch zur Verkehrsauffassung stehe.

[16]) Enneccerus-Lehmann § 149, I, 2, S. 503.
[17]) Endemann § 175, 2 d. S. 1105.
[18]) Planck zu § 640, 1 c; auch Crome, System S. 689 Anm. 2.
[19]) Zu demselben Ergebnis kommt auch Kisch: Unmöglichkeit S. 70, obwohl er sich sonst der unten erörterten Ansicht Oertmanns, daß es auf einen Besitzwechsel nicht ankomme, anschließt.

Etwas weiter in der Auffassung der Abnahmefähigkeit geht Oertmann[20]), wenn er sagt: „Nicht auf die Besitzübertragung kommt es bei der Abnahme an, sondern auf die allgemeinere Möglichkeit einer anerkennenden Uebernahme des Hergestellten durch den Besteller. Daß es auch nichtabnahmefähige Werke gibt, verpflichtet uns nur, die Grenze irgendwo, nicht auch, sie gerade an der von Planck vorgeschlagenen Stelle zu ziehen." Nach Oertmann sind dann nicht abnahmefähig nur die immateriellen Werke, da es ihnen an einem körperlichen Substrat fehlt, das als Grundlage der Uebernahme als Erfüllung unerläßlich erscheint; denn das immaterielle Werk hat nicht die gegenüber seiner Herstellung verselbständigte Dauerexistenz, ist mit seiner Herstellung identisch und zerrinnt mit seiner Vollendung, weshalb für eine erst nach der Herstellung in Frage kommende Abnahme kein Raum ist[21]).

Auf das bei der Abnahmefähigkeit erforderliche Moment des Besitzübergangs legt ebenfalls keinen Wert Dochnahl[22]) — er stimmt hierin Oertmann bei —, wenn er ausführt: „Solange ein anderer sich der Bearbeitung meiner Sache unterzieht, ist die Möglichkeit uneingeschränkter Einwirkung auf dieselbe meinerseits ausgeschlossen. Die Abnahme bezeichnet u. E. den Moment, in welchem ich die veränderte Sache aus den Händen des Unternehmers als die nach dem Vertrage geforderte herausnehme und sie als dem ungestörten Gebrauch zugänglich wieder übernehme. Das kann ich bei jedem körperlichen Werk, aber bei keinem unkörperlichen. Denn hier fehlt es an einem Gegenstande, den ich wieder meiner uneingeschränkten Einwirkung unterstellen könnte."

Die Ansicht Oertmanns und Dochnahls geht also dahin, alle unkörperlichen Werke für nichtabnahmefähig, alle körperlichen Werke jedoch für abnahmefähig zu erklären, so daß also auch Reparaturen am Hause des Bestellers der Abnahme fähig sind[23]).

Dieses Ergebnis der Ausdehnung der Abnahmefähigkeit auf sämtliche körperlichen Werke ist die notwendige Folge der Ansicht, die die Abnahme mit der Erfüllungsannahme identifiziert. Denn die Annahme als Erfüllung ist bei allen materiellen Werken möglich. Da diese Ansicht oben widerlegt worden ist und in der Abnahme lediglich die körperliche Wegnahme gesehen wurde, kann auch bei der Frage nach der Abnahmefähigkeit nur das Moment der körperlichen Wegnahme entscheidend sein. Als einer Abnahme nicht fähig sind danach alle immateriellen Werke zu nennen, von den materiellen Werken nur die, die körperlich aus dem Gewahrsam des Unterneh-

[20]) Oertmann § 640, 3 a S. 986.
[21]) Oertmann § 640, 3 a.
[22]) Dochnahl in Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 302.
[23]) Zu dem gleichen Ergebnis kommt Riezler a. a. O. dadurch, daß er unter Ausschaltung des realen Moments bei der Abnahme einen anderen Abnahmebegriff aufstellt.

mers weggeschafft werden können, also nicht die, die sich bei der Fertigstellung schon im Gewahrsam des Bestellers befinden. Reparaturen an Anlagen im Hause des Bestellers sind also trotz des entgegenstehenden Sprachgebrauchs einer Abnahme nicht fähig.

Bei der Frage der Abnahmefähigkeit ist ohne Einfluß, ob das Werk nach dem Vertrage an den Besteller oder an einen Dritten abzuliefern ist[24]). Das die Abnahme erschöpfende Moment der körperlichen Wegnahme ist in diesem Falle durch die Uebergabe des Werkes an den Dritten erfüllt. Hervorzuheben ist hier, daß die Abnahme p f l i c h t jedoch nur den Besteller trifft, nicht auch den Dritten, da dieser ja nicht Besteller ist, so daß also bei einer gegebenenfalls eintretenden Verweigerung der Abnahme des Werkes durch den Dritten der Unternehmer seinen Anspruch nur gegen den Besteller geltend machen kann.

Eine Abnahmepflicht für den Besteller besteht ferner nur, wenn das Werk v e r t r a g s m ä ß i g hergestellt ist. Der Unternehmer hat daher ein in jeder Hinsicht dem Vertrage entsprechendes Werk dem Besteller anzubieten. Im Gegensatz zu der in den Vorarbeiten zum BGB[25]) aufgestellten Bestimmung, wonach ein nur unerheblicher Mangel zur Abnahmeverweigerung noch nicht berechtigt, besteht im geltenden Recht für den Besteller noch keine Abnahmepflicht, wenn das Werk mit einem auch nur unerheblichen Mangel behaftet ist[26]). Das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften und die Abwesenheit von Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 BGB), hat der Unternehmer zu gewährleisten. Im Gegensatz zur Vorschrift des § 459, wonach eine Haftung des Verkäufers bei einer unerheblichen Minderung der Tauglichkeit des Werkes nicht eintritt, bestimmt der Werkvertrag eine Haftung des Unternehmers für auch nur geringfügige Mängel. In solchem Falle ist lediglich der Besteller nicht zur Wandlung berechtigt (§ 634, III). Unerheblich für die Haftung des Unternehmers ist, ob der Mangel vom Unternehmer verschuldet ist oder nicht[27]), ob er auf ein Verschulden im engeren Sinne oder auf die Ungeschicklichkeit und Unfähigkeit des Unternehmers zurückzuführen ist. Der Besteller kann jedoch die durch die Unfähigkeit des Unternehmers herbeigeführten Mängel nicht geltend machen, wenn ihm die Unfähigkeit des Unternehmers zur Ausführung des bestellten Werkes bekannt war[28]). Von Bedeutung ist ein Verschul-

---

[24]) So Staudinger § 640 Anm. IV c; Planck § 640, 2 a.

[25]) E I § 572 Satz 2; Mugdan, Prot. II S. 924.

[26]) Staudinger § 640, III c; Planck § 640, 2 c; Riezler a. a. O. S. 105; Schollmeyer a. a. O. S. 102; Lotmar a. a. O. S. 846 Anm. 2.

[27]) Auch Lotmar a. a. O. S. 668; Riezler S. 106.

[28]) Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 88.

den des Unternehmers nur für den Umfang der sich aus der Mangelhaftigkeit des Werkes ergebenden Rechte des Bestellers (§ 635 BGB).

Die Vertragsmäßigkeit umfaßt, wie Planck und Oertmann betonen[29]), nach Treu und Glauben die Verpflichtung des Unternehmers, dem Besteller die für den Gebrauch und die Benutzung des Werkes (Ingangsetzung von Maschinen z. B.) nötigen Unterrichtungen und Anweisungen bei der Abnahme zu erteilen.

§ 10.

An die Abnahme hat das Gesetz in verschiedenen Bestimmungen bedeutende Folgen geknüpft, auf die näher einzugehen ist[30]).

Eine für das Verkehrsleben bedeutende Folge ist der mit der Abnahme eintretende Gefahrübergang, und zwar trägt, entsprechend der im römischen Recht vorhandenen Bestimmung: periculum est conductoris, der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes (§ 644, I), d. h. nicht etwa, der Unternehmer wird schadensersatzpflichtig, sondern nur, er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn das Werk aus einem von keiner Partei verschuldeten Grunde vor der Abnahme untergeht. Von dem Augenblick der Abnahme an trifft die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Werkes den Besteller, so daß er trotz Untergang oder Verschlechterung des Werkes die ihn treffende Vertragsleistung erfüllen muß. Ebenso trägt auch der Besteller die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des durch ihn gelieferten Stoffes (§ 644, I, 2). Wenn Streit darüber besteht, ob der Untergang oder die Verschlechterung des Werkes zufällig geschehen ist, so hat der Unternehmer gemäß § 282 BGB den Beweis dafür zu führen, daß die Unmöglichkeit der Leistung nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist. Ist der Untergang oder die Verschlechterung des Werkes infolge eines Mangels des durch den Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung dem Unternehmer erteilten Anweisung ohne Verschulden des Unternehmers eingetreten, so trifft den Besteller die Gefahr; der Unternehmer kann in einem solchen Falle einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht einbegriffenen Auslagen von dem Besteller verlangen (§ 645).

An die Stelle der Abnahme tritt bei nichtabnahmefähigen Werken der Zeitpunkt der Vollendung (§ 646).

Hinsichtlich des Gefahrüberganges eines Werkes, das in einzelnen Teilen geliefert wird, ist zu sagen, daß die Gefahr erst mit der Ab-

---

[29]) Planck § 640 Anm. 2 b; Oertmann § 640 Anm. 4 S. 986.

[30]) Die unter Zugrundelegung der Ansicht, Abnahme umfasse Annahme als Erfüllung, sich aus der Erfüllungsannahme ergebende Folge der Umkehrung der Beweislast § 363 ist hier nicht zu erörtern.

nahme sämtlicher einzelner Teile übergeht, da § 644 von der Abnahme des Werkes im Sinne eines ganzen Werkes und nicht einzelner Teile desselben spricht. Ist jedoch Abnahme und Vergütung der einzelnen Teile vereinbart (Vergütung allein würde nicht genügen), so würde der Gefahrübergang mit der Abnahme der einzelnen Teile erfolgen, da in einem solchen Fall die Herstellung des Gesamtwerkes durch einzelne untrennbar verbundene Werkverträge vor sich geht[31]).

Vor der Abnahme schon kann die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Werkes auf den Besteller übergehen, wenn das Werk an einen auf Verlangen des Bestellers anderen Ort als an den Erfüllungsort versendet wird. Gefahrübergang tritt dann schon, der Vorschrift des § 447 entsprechend, ein bei Uebergabe „an den Spediteur, Frachtführer oder an die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt". Ebenfalls vor der Abnahme geht schon die Gefahr auf den Besteller über, wenn der Besteller die Abnahme unbegründet verweigert, da der Besteller dann in Annahmeverzug gerät. Bei begründeter Abnahmeverweigerung bleibt die Gefahr bei dem Unternehmer, da der Besteller zur Abnahme eines mit Mängeln behafteten Werkes nicht verpflichtet ist.

Eine weitere Folge der Abnahme ist das Fälligwerden der V e r g ü t u n g (§ 641). Im Gegensatz zu dem allgemeinen Grundsatz bei gegenseitigen Verträgen, daß die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu erfolgen haben, hat hier, wo die Vergütung erst bei der Abnahme (bei nichtabnahmefähigen Werken bei der Vollendung) zu zahlen ist, das Gesetz dem Unternehmer in ähnlicher Weise wie dem Dienstverpflichteten (§ 614) eine Vorleistungspflicht auferlegt. Allerdings betrifft diese Vorleistungspflicht nur die Her- und Fertigstellung des Werkes, während die Auslieferung Zug um Zug gegen Entrichtung der Vergütung zu bewirken ist. Die Vorschrift des § 641 kann durch ausdrückliche Parteivereinbarung, aber auch durch stillschweigende Anerkennung einer besonderen Verkehrssitte abgeändert werden.

Wenn das Werk in einzelnen Teilen abgenommen wird, so ist die Vergütung bei der Abnahme der einzelnen Teile zu entrichten, sofern die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt ist[32]). Liegt diese Voraussetzung jedoch nicht vor, so kann der Unternehmer die Entrichtung der Vergütung erst bei der Abnahme des letzten Teils verlangen[33]).

Sofern die Vergütung nicht gestundet ist, hat der Besteller gemäß § 641, II von der Abnahme ab eine in Geld festgesetzte Vergütung zu v e r z i n s e n. Diese Bestimmung entspricht der Vorschrift des § 452 und beruht auf dem Gedanken, daß der Besteller nicht gleich-

[31]) Dernburg, 3. Aufl. Bd. II, 1 § 318 Anm. 7; Staudinger § 641 Anm. 3.
[32]) Staudinger § 641 Anm. 3.
[33]) RGR in JW 1908 S. 432.

zeitig den Nutzen des abgenommenen Werkes und der nicht gezahlten Vergütung hat[34]). Die Höhe der Verzinsung bestimmt sich nach § 246 BGB oder § 352 HGB.

Mit der Abnahme (bei nichtabnahmefähigen Werken mit der Vollendung) setzt als weitere Rechtswirkung der Lauf der Verjährung der Ansprüche des Bestellers ein, die ihm wegen Mängel des Werkes nach den §§ 633/635 zustehen, und zwar beträgt die Verjährungsfrist im allgemeinen 6 Monate, bei Arbeiten an einem Grundstück ein Jahr, bei Bauwerken fünf Jahre. Ist der Mangel von dem Unternehmer arglistig verschwiegen worden, so tritt die normale Verjährungsfrist von 30 Jahren ein (§ 194).

Die kurzen Verjährungsfristen sind nur dann anzuwenden, wenn der Mangel unmittelbar dem gelieferten Werke anhaftet und im Zeitpunkt der Abnahme oder Vollendung bei der Nichtabnahmefähigkeit sich zeigt[35]).

Bestritten ist die Frage, ob die kurzen Verjährungsfristen auch für einen Schadensersatzanspruch gelten, der nicht auf einen bei der Abnahme hervortretenden Mangel zurückzuführen ist, sondern auf positiver Vertragsverletzung beruht (körperliche Verletzungen bei Zugentgleisung usw.[36])). Man wird sagen, daß für solche Ansprüche nicht die kurzen Verjährungsfristen des § 638 gelten, sondern dieser Anspruch der normalen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt, da er nicht unmittelbar Gegenstand des Werkvertrages und der Abnahme ist[37]).

Die gesetzliche Verjährungsfrist des § 638, I kann durch Parteiabrede gemäß § 225 verkürzt und entgegen § 225 — der eine Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft untersagt — auf Grund der lex specialis des § 638, II auch verlängert werden. Der Ansicht Plancks[38]), der diese Verlängerung sogar dem normalerweise geltenden Höchstbetrag von 30 Jahren überschreiten lassen will, wird man sich nicht anschließen können, da die hier besondere Verlängerung der gesetzlichen Verjährung sicher wohl nur den Zweck hat, den Parteien die sehr kurze Frist nicht in jedem Falle aufzuzwingen.

Eine vertragsmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist kann in der auf bestimmte Zeit gegebenen, im Verkehrsleben üblichen „Garantieübernahme" liegen; sie kann aber auch den Zweck haben, die gesetzliche Verjährungsfrist später beginnen zu lassen[39]).

---

[34]) Rümelin a. a. O. S. 243 ff.; Oertmann § 452, 1.
[35]) RGZ Bd. 64 S. 43 ff.
[36]) RGRKomm. § 638 Anm. 1 S. 286.
[37]) So Brückner, Recht 08 S. 841; RGRKomm. § 638 Anm. 1; Oertmann § 638 Anm. 5 S. 980 und wohl auch Planck § 638,3 a.
[38]) Planck zu § 638 in früheren Auflagen.
[39]) Oertmann, § 638 Anm. 4; Staudinger § 638,5 c; Dernburg Bd. II, 1 S. 502 § 320.

Eine Unterbrechung der Verjährung tritt ein bei Vorliegen der in § 209 aufgeführten Gründe, ferner, wenn der Besteller gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt (§ 485 ZPO), wobei die Verjährung bis zur Beendigung des Verfahrens unterbrochen wird (§§ 639, 477, II BGB).

Bezüglich der Hemmung der Verjährung setzt § 639, II etwas Besonderes fest. Danach ist, wenn sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht, die Verjährung solange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

Wird der Besteller rechtskräftig auf Abnahme verurteilt, so beginnt die Verjährung nicht schon mit der Rechtskraft des Urteils, sondern erst mit der Vollstreckung[40]).

Trotz der Abnahme hat der Besteller späterhin das Recht, dem Werk anhaftende Mängel zu rügen. Durch Vereinbarung kann diese Berechtigung des Bestellers ausgeschlossen werden. Nichtig ist die Vereinbarung des Verzichts der Geltendmachung von Mängelansprüchen, wenn die Mängel vom Unternehmer arglistig verschwiegen sind (§ 637).

Man hat zu unterscheiden, ob es sich um dem Besteller bei der Abnahme bekannte oder unbekannte Mängel handelt. Macht der Besteller ihm bei der Abnahme nicht bekannte Mängel geltend, so stehen ihm die in den §§ 633—635 aufgeführten Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Wandlung, Minderung oder Schadensersatz zu. Will der Besteller nach der Abnahme Mängel rügen, die ihm bei der Abnahme bekannt waren, so ist das nur möglich, wenn er sich seine Rechte wegen der Mängel bei der Abnahme vorbehält (§ 640 Abs. II). Ohne einen solchen Vorbehalt verliert er die Rechte aus §§ 633 und 634 wegen Mängel, die ihm bei der Abnahme bekannt waren[41]); fahrlässiges Nichtkennen (Kennenmüssen) steht dabei dem Kennen nicht gleich[42]).

Hier ist auf die Streitfrage einzugehen, ob der Besteller mangels eines Vorbehalts bei der Abnahme wegen eines ihm bekannten Mangels auch den Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 verliert. Dernburg[43]) sieht in der vorbehaltlosen Annahme einen stillschweigenden

---

[40]) Oertmann § 638,2 a; Staudinger § 638 Anm. 6.

[41]) Selbst bei nichtabnahmefähigen (immateriellen) Werken ist im besonderen Fall eine entsprechende Anwendung des § 640, II nicht ausgeschlossen; vgl. hierzu das Urteil des OLG. Marienwerder in Jur. Monatsschr. f. Posen, Bd. 12 S. 121.

[42]) Staudinger § 640, V, 2 b; Oertmann § 640 Anm. 7 a; Lotmar a. a. O. S. 843 Anm. 3; Mugdan (Mot.) Bd. II S. 273.

[43]) Dernburg II, 1 § 320 VI S. 500; ebenso Goldmann-Lilienthal § 174 Anm. 33; Grünebaum in Lpz. Ztschr. 1915 Sp. 1134 ff.; Oertmann § 640 Anm. 7 a, § 635 Anm. 1 e.

Verzicht auch auf den Anspruch aus Schadensersatz und führt als Grund hierfür an, „daß es Treu und Glauben widerspreche, daß der Besteller, welcher den Mangel bei der Abnahme kennt und sich wegen desselben keinen Anspruch vorbehält, dennoch später Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht". Zuzugeben ist, daß in einem besonderen Falle in dem mangelnden Vorbehalt auch ein Verzicht des Schadensersatzanspruchs aus § 635 gesehen werden kann. Grundsätzlich ist das aber nicht anzunehmen; denn die Bestimmung des § 640, II erwähnt den Schadensersatzanspruch des § 635 neben den Ansprüchen aus den §§ 633, 634 ausdrücklich nicht. Deshalb hat auch die Behauptung[44]), daß die Auslassung des § 635 in § 640, II offenbar nur auf einem Versehen der Redaktionskommission beruhe, nicht viel Wahrscheinlichkeit für sich.

Auch Cosack[45]) will den Schadensersatzanspruch bei vorbehaltloser Annahme grundsätzlich nicht verloren gehen lassen; allerdings ist dieser Anspruch nach seiner Ansicht nur gegeben in dem Falle, in dem der Besteller gemäß § 634 eine Nachfrist zur Beseitigung des Mangels nicht zu setzen braucht.

Brückner[46]) gibt grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch trotz vorbehaltloser Abnahme, indem er hervorhebt, „daß der Anspruch aus § 635 auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande (Verschulden, Nicht-Erfüllung ausdrücklicher Zusicherung) beruht, demgegenüber aber die Erhaltung der Ansprüche des Bestellers selbst bei Kenntnis vom Mangel und bei fehlendem Vorbehalt nicht ohne weiteres gegen Treu und Glauben verstößt", und indem er dann weiter ausführt, daß, sofern nach Lage des einzelnen Falles ein Umstand vorliegt, auf Grund dessen ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch angenommen werden könnte, dieser Schadensersatzanspruch bei mangelndem Vorbehalt nicht aufrechtzuerhalten sein würde[47]). Mit Planck[48]), der anführt, daß das Gesetz die Regel des § 640, II nicht auf die Ansprüche der §§ 633, 634 hätte beschränken können, wenn es in der vorbehaltlosen Abnahme den Verlust auch des Schadensersatzanspruches des § 635 hätte sehen wollen, wird man daher sagen können, daß der Schadensersatzanspruch des § 635 nicht wie die Ansprüche aus den §§ 633, 634 durch die vorbehaltlose Abnahme erlischt, womit jedoch nicht die Möglichkeit zurückgewiesen sein soll, daß gegebenenfalls ein Verzicht des Schadensersatzanspruchs anzunehmen ist.

In allen den Fällen ist der Vorbehalt bei der Abnahme geltend zu machen. Ein nach der Abnahme erklärter Vorbehalt ist wirkungs-

[44]) Goldmann-Lilienthal § 174 Anm. 33.
[45]) Cosack, Bd. I § 148 II, 5 f. S. 618.
[46]) Brückner im „Recht" 1908 S. 841.
[47]) Crome, System § 265,5 b S. 685; vgl. auch Anm. 37 S. 684.
[48]) Planck § 640, 3 b; auch Enneccerus-Lehmann § 148, II, 5; ebenso Lotmar a. a. O. S. 668.

los; ein vor der Abnahme erklärter Vorbehalt ist nur beachtlich, wenn er bei der Abnahme wiederholt wird, oder wenn sonstwie zu erkennen ist, daß er aufrechterhalten wird[40]).

Bei Abnahme eines Werkes in Teilleistungen ist der Vorbehalt wegen eines Mangels eines Teils bei der Abnahme des betreffenden Teils zu machen; wenn es sich jedoch um eine Teillieferung handelt und der Besteller erst das vollständige Werk abzunehmen braucht, dann braucht der Vorbehalt wegen Mangels eines der Teillieferungen erst bei der Abnahme des ganzen Werks gemacht zu werden.

---

[40]) RGRKomm. § 640 Anm. 4. RGZ Bd. 57 S. 341; Bd. 58 S. 262.

III. Kapitel.

Folgen der Nichtabnahme.

Welche Rechte ergeben sich für den Unternehmer, wenn der Besteller seiner in § 640, I festgesetzten Abnahmeverpflichtung nicht nachkommt, obwohl ihm das vertragsmäßig hergestellte Werk am richtigen Ort und zur richtigen Zeit tatsächlich angeboten ist?

§ 11.

Die Stellung des Bestellers als eines Gläubigers, der aus dem Werkvertrag ein Recht an dem vom Unternehmer herzustellenden und zu leistenden Werke hat, ergibt, daß der Besteller, sofern er sein Recht nicht ausübt, in den Verzug des Gläubigers, den Annahmeverzug, gerät, der in den §§ 293 ff. geregelt ist. Zu den sich daraus ergebenden Rechten für den Unternehmer als Schuldner des zu leistenden Werkes gehört gemäß § 273 die Befugnis der Hinterlegung. Dieses Recht wird der Unternehmer jedoch nur in den seltensten Fällen ausüben können, da als hinterlegungsfähig für den Werkvertrag höchstens Kostbarkeiten und evtl. Urkunden in Betracht kommen, es sei denn, daß die Hinterlegungsstellen gemäß Art. 146 EG BGB auch andere Sachen anzunehmen hätten. Wichtiger als die Hinterlegungsbefugnis ist das Recht des Unternehmers, sich im Wege des Selbsthilfeverkaufs von dem Werk zu befreien (gemäß § 383 BGB), wobei er die in den §§ 383 ff. aufgeführten Vorschriften beobachten muß.

§ 12.

Der Besteller ist aber nicht nur Gläubiger hinsichtlich des herzustellenden Werkes, sondern auf Grund der gesetzlich festgelegten Abnahmepflicht auch Schuldner, so daß er durch Nichtabnahme des Werkes auch in Schuldnerverzug kommt. Die Voraussetzungen und Folgen eines solchen Verzugs, die von praktischer Wichtigkeit sind, regelt das Gesetz in den §§ 284 ff. Danach ist als Voraussetzung für den Leistungsverzug erforderlich, daß die Leistung fällig ist; die Abnahme muß also fällig sein. Die Fälligkeit der Abnahme ist nicht gegeben, wenn das Werk vom Unternehmer nicht vertragsmäßig hergestellt ist. Zu den Voraussetzungen gehört ferner die Erfüllungsbereitschaft des Unternehmers; er muß bereit und imstande sein, das Werk herauszugeben. Ist das nicht der Fall, so kann der Besteller auch nicht in Schuldnerverzug geraten. Nötig ist ferner eine Mahnung des Bestellers durch den Unternehmer, die durch Klageerhebung er-

setzt werden kann. Von diesem Erfordernis der Mahnung ist Abstand zu nehmen, wenn die Zeit der Abnahme nach dem Kalender bestimmt ist oder der Besteller bereits bei Fälligkeit der Abnahme bestimmt erklärt hat, daß er das Werk nicht abnehmen werde. Das Unterbleiben der Abnahme muß schließlich auf einem Umstand beruhen, den der Besteller zu vertreten hat. Der Abnahmeverzug des Bestellers ist ausgeschlossen, solange die Abnahme infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Besteller nicht zu vertreten hat, und zwar muß nicht der Unternehmer die Vertretbarkeit des Umstandes, sondern der Besteller die Unvertretbarkeit des Umstandes als besonderen Ausschließungsgrund beweisen. Wenn alle diese Erfordernisse vorliegen, dann kann der Unternehmer die sich aus dem Schuldnerverzug ergebenden Rechte der §§ 286/87 geltend machen. Der Besteller ist gemäß § 286 Abs. I dem Unternehmer für den ihm aus der Verzögerung der Abnahme erwachsenden Schaden ersatzpflichtig. Der dem Unternehmer aus § 286, II zustehende Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist kaum von praktischer Bedeutung. Der Unternehmer kann ferner gemäß § 287 den Besteller dafür haftbar machen, wenn die Abnahme nunmehr ohne Verschulden des Bestellers durch Zufall unmöglich wird.

Man wird hier auf die lebhaft umstrittene Frage eingehen müssen, ob der Unternehmer bei schuldhafter Vertragsverletzung durch den Besteller vom Vertrage zurücktreten kann. Da die den Werkvertrag als solchen regelnden Normen davon nichts enthalten (lediglich dem Besteller in den §§ 634 und 636 ein Rücktrittsrecht geben), ist nach einer anderen Vorschrift zu suchen, wobei die bei gegenseitigen Verträgen aufgestellte allgemeine Bestimmung des § 326 in Frage kommt.

Unzweifelhaft ist es, daß diese Bestimmung beim Werkvertrag als einem gegenseitigen Vertrag Anwendung findet, wenn der Besteller mit der ganzen von ihm geschuldeten Leistung (Entrichtung der Vergütung und Abnahme des Werkes) oder mit der Entrichtung der Vergütung allein sich im Verzug befindet[1]). Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift des § 326 auch dann Platz greift, wenn der Besteller nur mit der Abnahme im Verzug ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Abnahme eine Leistung im Sinne des § 326 ist. Die hierüber angestellten Erörterungen der Wissenschaft und Rechtsprechung beziehen sich größtenteils auf die Abnahme beim Kauf, sind aber wohl auch für den Werkvertrag zu verwerten.

Das Reichsgericht[2]) verlangt zur Anwendung des § 326 einen Verzug mit derjenigen Leistung, welche die Hauptleistung sei oder doch zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehöre. Bei Kaufvertrag sei die Zahlung des Kaufpreises in der Regel die Hauptleistung; nur ein Verzug mit dieser Leistung gebe dem Verkäufer die

[1]) Staub, Anhang zu § 374 Anm. 6; RGZ 53, 164.
[2]) RGZ in Bd. 53 S. 161; 56, 141; 57, 138; RG in DJZ 1904 S. 343.

Rechte aus § 326. Die Abnahme dagegen sei in der Regel weder eine Hauptleistung noch eine solche, die zu der Hauptleistung gehöre. Die Entscheidung bei der Abnahme beim Werkvertrag wird also davon abhängen, welchen Wert man der Abnahmepflicht beilegt. So lehnt denn die Anwendbarkeit des § 326 Staub[3]) ab mit der Begründung, daß die Abnahme keine Hauptleistung sei, lediglich die Entrichtung der Vergütung sei Hauptleistung, die Abnahme dagegen Nebenleistung. Nach Staubs Ansicht muß der Besteller mit derjenigen Leistung im Verzug sein, die das eigentliche Aequivalent, die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des Nichtsäumigen bildet. Denn nur diese stehe mit der Leistung des Nichtsäumigen in einem synallagmatischen Verhältnis, das einen Rücktritt vom ganzen Vertrag rechtfertige. Das ergebe sich aus der Fassung des § 326 „mit der ihm obliegenden Leistung". Daher nur Anwendung des § 326, wenn der Besteller mit der Entrichtung der Vergütung im Verzug ist.

Zu denen, die beim Abnahmeverzug die Anwendung des § 326 ablehnen, gehört auch Romeick[4]), welcher nach seiner oben dargelegten und zugleich abgelehnten Ansicht zu diesem Resultat kommen muß, da er ja die Abnahme überhaupt nicht als selbständige Schuldnerleistung ansieht. Gegen den Gebrauch des § 326 bei Annahmeverzug wendet sich ferner Enneccerus-Lehmann[5]), der erklärt, daß der Besteller, wenn er seiner Abnahmepflicht nicht nachkommt, in Leistungsverzug kommt. „Da aber dieser Leistungsverzug nicht die Hauptverbindlichkeit betrifft, so kann auf ihn ein Rücktrittsrecht oder ein Recht, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, nicht begründet werden." Nach der Ansicht Enneccerus' ist die Abnahmepflicht keine Hauptverbindlichkeit, auch nicht ein Teil einer solchen, „da das Werk nicht (auch nicht teilweise) für die Abnahme, sondern lediglich für das Entgelt versprochen ist"[6]).

Die Berechtigung der Unterscheidung der Leistungen nach Haupt- und Teilleistungen wird von manchen Schriftstellern bestritten[7]). Der § 326 unterscheide, wenn er vom Verzug des einen Teils mit der ihm obliegenden Leistung spreche, nicht zwischen Bestandteilen der Leistung; vielmehr seien unter Leistungen alle im einzelnen im Gesetz vorgeschriebenen Erfüllungsverpflichtungen zu verstehen, also beim Werkvertrag die Entrichtung der Vergütung und die Abnahme des Werkes, so daß also bei Abnahmeverzug der § 326 stets anzuwenden wäre.

Man wird die Entscheidung hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 326 bei Abnahmeverzug, ohne einen Unterschied zwischen

[3]) Staub § 374 (Anhang) Anm. 163 S. 1170 ff.
[4]) Romeick a. a. O. S. 61 ff.
[5]) Enneccerus-Lehmann § 149, I, 4 S. 504.
[6]) Enneccerus-Lehmann § 149 Anm. 3 a S. 504.
[7]) So Endemann S. 938; Schollmeyer a. a. O. S. 38.

Hauptleistung und Teilleistung zu machen und auch ohne bei Abnahmeverzug in jedem Fall den § 326 anzuwenden, lediglich von der Natur der betreffenden Abnahmepflicht abhängig machen. Die Abnahmepflicht beim Werkvertrag ist, im Gegensatz zur Abnahmeverpflichtung beim Kaufvertrag, eine aus der Natur des Geschäfts sich ergebende Verpflichtung, wie schon Laband[8]) hervorhebt. Die Abnahme beim Kauf besitzt einen anderen Charakter als die beim Werkvertrag. Während die Kaufsache im allgemeinen zur Zeit des Vertragsabschlusses schon vorhanden ist und einen speziellen auf die Bedürfnisse des Käufers zugeschnittenen Wert nicht hat, wird das Werk in den meisten Fällen nach den Anordnungen des Bestellers, für den es in der Regel allein verwertbar ist, hergestellt. Das Interesse des Unternehmers an der Abnahme ist daher weit größer als das Interesse des Verkäufers. Auch Planck[9]) bezeichnet die Abnahmepflicht beim Werkvertrag „immer als Hauptverbindlichkeit". Und Endemann[10]) sagt, daß der Besteller bei Abnahmeverweigerung „mit der Erfüllung einer wesentlichen Vertragspflicht in Verzug gerät". Daß der Gesetzgeber selbst der Abnahme beim Werkvertrag größere Bedeutung als beim Kauf beigelegt hat, geht daraus hervor, daß er die aus der Werkvertragserfüllung sich ergebenden Rechtswirkungen sämtlich an die Abnahme geknüpft hat.

Das Ergebnis ist danach, daß bei Abnahmeverzug sich die Rechte des Unternehmers nicht auf §§ 286/287 beschränken, sondern daß er auch die Rechte aus § 326 geltend machen kann.

§ 13.

Da der Besteller bei unbegründeter Nichtabnahme des Werkes gleichzeitig sowohl in Annahme-Gläubiger-Verzug wie auch in Abnahme-Schuldner-Verzug gerät[11]), wird man fragen, in welchem Verhältnis die sich aus beiden Verzugsarten ergebenden Rechte stehen. Kann er die verschiedenen Rechte kumulativ geltend machen, oder ist er darauf beschränkt, alternativ entweder als Gläubiger oder als Schuldner dem Besteller gegenüber zu treten? Fleck[12]) ist der Ansicht, daß die Rechte aus beiden Verzugsarten alternativ geltend zu machen sind. An Hand von Beispielen sucht er nachzuweisen, daß bei der Möglichkeit kumulativer Geltendmachung der Rechte der Unternehmer völlig der Willkür des Bestellers preisgegeben sei. Fleck ist zu erwidern, daß auch bei der Möglichkeit kumulativer Geltendmachung der Rechte der Unternehmer immerhin durch die Vorschriften über den guten Glauben, die dem ius variandi des Be-

[8]) Laband a. a. O. S. 310.
[9]) Planck § 640 Anm. 2 b.
[10]) Endemann Bd. I § 175, 2 d S. 1104/05.
[11]) Enneccerus-Lehmann § 149, I, 4; Endemann I S. 786, 2; Crome, System S. 147, 424; Schollmeyer S. 38.
[12]) Fleck a. a. O. S. 259.

stellers eine Grenze setzen, geschützt wird. Die Ansicht Flecks findet aber auch im Gesetz keine Stütze; denn wenn es Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, daß beim Zusammentreffen von Schuldnerverzug und Gläubigerverzug die Folgen des einen hinter denen des andern zurücktreten sollten, dann hätte er das in einer besonderen Bestimmung zum Ausdruck bringen müssen. Da eine solche Bestimmung aber fehlt, ist nicht einzusehen, weshalb der Unternehmer die verschiedenen Rechte nicht gleichzeitig geltend machen sollte.

§ 14.

Neben diesen aus Annahme- und Abnahmeverzug des Bestellers hervorgehenden Rechten hat der Unternehmer auch einen Klageanspruch auf Abnahme gegen den Besteller: denn wie oben näher dargelegt, ist die in § 640,I statuierte Abnahmepflicht selbständig klagbar. Dem Einwand, daß eine Klage des Unternehmers auf Abnahme bei der Möglichkeit, sich durch Erfüllungssurrogate zu befreien, nicht erforderlich sei, ist zu entgegnen, daß es Werke gibt, die nicht hinterlegungsfähig und nicht verkäuflich sind, so daß in solchem Falle der Klageanspruch die einzige Möglichkeit gibt, die Werke loszuwerden.

Die Vollstreckung aus dem Urteil findet nach § 887 ZPO statt, da die Abnahmehandlung, wie oben dargelegt, nicht von dem Abnahmeschuldner persönlich, sondern auch von jedem Dritten vorgenommen werden kann. Die Meinung verschiedener Schriftsteller[13]), die nicht § 887, sondern § 888 angewandt wissen wollen, hat meistenteils als Grundlage, daß zur Abnahme die vom Schuldner persönlich vorzunehmende Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung oder die Billigung gehöre. Nach der hier vertretenen Ansicht, daß die Abnahme lediglich körperliche Wegnahme bedeute, ist die Vollstreckung des Urteils aus § 887 ZPO vorzunehmen. Und zwar kann sich der Unternehmer ermächtigen lassen, das Werk auf Kosten des Bestellers fortschaffen zu dürfen. Da der Unternehmer jedoch keinen Anspruch auf Ansichnahme sondern nur auf Wegnahme hat, ist er nicht ohne weiteres berechtigt, das Werk in den Gewahrsam des Abnahmepflichtigen zu schaffen[14]); er hat es an einen sonst beliebigen Ort zu bringen, wo er davon befreit wird. Die Art und Weise der Fortschaffung darf jedoch dem Besteller gegenüber nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, sondern muß sich in dieser Grenze bewegen.

---

[13]) Endemann a. a. O. S. 939 Anm. 25; Laband a. a. O. S. 307.
[14]) a. A. Kohler a. a. O. S. 241.

Lebenslauf.

Am 30. März 1907 bin ich in Berlin als Sohn des jetzigen Verwaltungsoberinspektors Hermann Gießmann und seiner Ehefrau Gertrud geb. Schumann geboren. Ich besuchte die 262. Gemeindeschule zu Berlin und die Volksschule zu Kaulsdorf bis zum Herbst 1917, sodann das Andreas-Realgymnasium zu Berlin bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Herbst 1926. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu, studierte fünf Semester in Berlin und drei Semester in Marburg. Am 28. Februar 1931 bestand ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel. Auf Grund der vorliegenden Abhandlung wurde ich zur rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorprüfung zugelassen, die ich am 1. März 1932 bestand. Zur Zeit bin ich im Ausbildungsdienst beim Landgericht I-Berlin.

Berlin, im Juni 1932.

Rudolf Gießmann.